DIE ABGRENZUNG VON MIETE UND PACHT BEI DER ÜBERLASSUNG VON RÄUMEN ZU GEWERBLICHEN ZWECKEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Friedrich Kappey
aus Brüggen

1966

Göttingen 1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544303_0029

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
34 Göttingen, Paulinerstraße 13
Eingang Gotmarstraße

DIE ABGRENZUNG VON MIETE UND PACHT BEI DER ÜBERLASSUNG VON RÄUMEN ZU GEWERBLICHEN ZWECKEN

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Friedrich Kappey

aus Brüggen

Göttingen 1965

1. Berichterstatter: Prof. Michaelis
2. Berichterstatter: Prof. Kroeschell

Tag der mündlichen Prüfung: 24.2.1966

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung: Problematik und Ziel der Arbeit 1

A. Kritische Darstellung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Miete und Pacht in den Fällen der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken 5

I. Die Regelung von Miete und Pacht im BGB und seinen Nebengesetzen 5

1. Der Begriff von Miete und Pacht im BGB 5

2. Abweichungen in der Ausgestaltung beider Vertragsarten 7

3. Die Behandlung von Miete und Pacht in der Notgesetzgebung 9

II. Grenzfälle bei der Raumpacht und ihre Lösung in der Rechtsprechung 15

1. Vorbemerkung 15

2. Die Raumüberlassung mit dem Verfügungsberechtigten gehörigem Inventar 16

a) Die ersten Entscheidungen nach Inkrafttreten des BGB 16

b) Grundsatzentscheidungen bei der Überlassung von Gastwirtschaften 18

c) Die Theaterüberlassung 31

d) Die Überlassung von Läden und Räumen 38

e) Die Überlassung von Fabrikgebäuden 43

f) Einzelfälle 43

Seite

3. Raumüberlassung mit vom Übernehmer käuflich erworbenem oder von Dritten nur vorübergehend gestelltem Inventar 54

4. Einfluß nachträglicher Änderung von Tatbestandsmerkmalen auf den Charakter des Vertrages 62

a) Der Eintritt eines Dritten in einen bestehenden Raumüberlassungsvertrag 63

b) Erwerb des Inventars durch den Pächter oder die Entfernung des Inventars während der Pachtzeit 69

5. Widersprüche in der Rechtsprechung des RG zur Raumpacht 70

a) Gegenüberstellung der Rechtsprechung zum Preußischen Stempelsteuergesetz und zur Notgesetzgebung 70

b) Widersprüche in der Rechtsprechung hinsichtlich der Raumüberlassung mit im Eigentum eines Dritten stehendem Inventar 73

aa) Der Begriff der fruchttragenden Sache in diesen Fällen 74

bb) Das Verhältnis von Inventar- und Raumüberlassungsvertrag 76

c) Widersprüche in der Rechtsprechung zu den Fällen mit nachträglichen Änderungen von Tatbestandsmerkmalen 77

Seite

III. Die Übernahme von Unternehmen 79

1. Kritische Darstellung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Abgrenzung von Raum- und Unternehmenspacht 79

2. Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung 89

IV. Die Überlassung von Rechten zum Gebrauch 93

V. Die Abgrenzung von Miete und Pacht in der Lehre 99

VI. Zusammenfassung 101

B. Versuch einer eigenen Lösung: Der Begriff der Raumpacht im Sinne der Rechtsprechung ist dogmatisch nicht zu begründen; mit Wegfall der Raumpacht wird eine Lösung der Grenzfälle allein vom Vertragsinhalt her möglich 102

I. Die Bedeutung der Räume als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Raumübernehmer aufgewendeten Arbeit als Ausgangspunkt der Rechtsprechung 102

1. Vorbemerkung 102

2. Der Fruchtbegriff bei der Unternehmenspacht 104

a) Der Begriff des Unternehmens bei der Abgrenzung von Miete und Pacht 104

aa) Die drei Grundelemente des Unternehmens 108

aaa) Betriebstätigkeit 108

bbb) Betriebsgeschäft 108

Seite

ccc) Betriebsgemeinschaft 109

bb) Zusammenfassung 109

b) Der allgemeine Fruchtbegriff in § 581 und § 99 nach Lehre und Rechtsprechung 111

c) Früchte eines Unternehmens und ihr Verhältnis zu § 99 115

aa) Stellung der Rechtsprechung 115

bb) Stellung der Lehre 119

cc) Eigene Meinung 122

aaa) Aufbau des § 99 122

bbb) Die Bedeutung der Früchte im Rechtsverkehr 125

ccc) Auslegung des Terminus Sache in § 99 Abs. 1 (Grundsätzliches) 127

ddd) Der Wortsinn 128

eee) Der Bedeutungszusammenhang 129

fff) Der Wille des Gesetzgebers 130

ggg) Der Gesetzeszweck 131

hhh) Ergebnis 132

dd) Zusammenfassung 133

3. Der Fruchtbegriff des RG bei der Raumüberlassung 134

a) § 99 Abs. 3 als Ausgangspunkt des RG 134

b) Bedeutung der Tätigkeit und Tüchtigkeit des Unternehmers 138

c) Das Verhältnis von Gestattung der Gewerbeausübung und Fruchtziehungsrecht 143

Seite

d) Schwierigkeiten für die Vertragspartner 144

4. Der auf der Lösung des RG aufbauende Abgrenzungsversuch Hörchners 145

a) Der "erweiterte" Fruchtbegriff des § 581 145

b) Abgrenzung von Miete und Pacht durch Abwägung verschiedener Gewerbemittel 146

c) Kritik und Ablehnung dieser Lösung 147

5. Anerkennung der Raumpacht als notwendige Folge des § 571? 149

II. Ein Bedürfnis für die Anerkennung der Raumpacht als Rechtsinstitut besteht nicht 152

1. Lösung der vom RG als Raumpacht behandelten Fälle vor Inkrafttreten des BGB 155

a) Die Regelung im gemeinen Recht 155

b) Das Preußische ALR 156

c) Das Sächsische BGB 158

2. Gegenmeinungen gegen die Rechtsprechung des RG nach Inkrafttreten des BGB 159

3. Die rechtliche Stellung und wirtschaftliche Funktion des Pächters im BGB 160

4. Miete und Pacht in dem BGB verwandten Rechtsordnungen 165

a) Das Schweizer OR 166

b) Das österreichische ABGB 167

5. Ergebnis der Arbiet 170

Literaturverzeichnis

Affolter	Das Fruchtrecht, in Abhandlungen zum Privat- und Zivilprozeßrecht, Bd. 21 (1911)
Das ABGB	herausgegeben von Kapfer, Manz'sche Taschenausgabe, Wien 1956
Arnold	Wohnungsmiete, 1902
	Skizzen zum bürgerlichen Gesetzbuch, in Seuff. Bl. Bd. 65 (1898) S. 325
	Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, Basel 1861; Zitierweise: Eigentum
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 13. Aufl., München-Berlin 1959
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, München Berlin, 7. Aufl. 1956
Baumbach-Lauterbach	ZPO mit GVG und anderen Nebengesetzen, Kurzkommentar, 27. Aufl. 1963, München Berlin
Baur	Der landwirtschaftliche Betrieb als rechtliche Einheit, in atti del primo convegno d'istituto di diritto agratio, Bd. 1 (1959)
Ballerstedt	Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in JZ 1951 S. 488
Becker	Obligationenrecht, II. Abt., die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934
Bettermann	Kommentar zum MieterschutzG und seinen Nebengesetzen, Loseblattausgabe, Tübingen
Binder	Der Gegenstand, in ZHR Bd. 59 S. 1 ff.

Blümich-Boyens-Steinbring-Klein	Gewerbesteuergesetz, 7. Aufl. Berlin Frankfurt 1961
Blümich-Falk	Einkommensteuergesetz, Bd. II 8. Aufl. Berlin Frankfurt 1959-60
Bluntschli	Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Zürich 1839
Brecher	Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, rechtstheoretische Grundlegung, Bonn 1953
Brinz	Lehrbuch der Pandekten, Bd. II 1. Abt. 2. Aufl., Erlangen 1879
Brückner	Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB, 2. Aufl., Leipzig 1902
Callmann	Der Unternehmensbegriff im gewerblichen Rechtsschutz, in ZHR Bd. 97 S. 129
Cosack-Mitteis	Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, allgem. Lehren und das Schuldrecht, 8. Aufl., Jena 1927
Cranz	Miete und Pacht, in HW 1950 S. 49
Crohne	Wann liegt bei der Überlassung einer Gastwirtschaft, eines Cafés, Hotels u. ähnl. Miete, wann Pacht vor?, in JW 1924, S. 792
Crome	Die Rechtsnatur der Miete, in IJ Bd. 37, S. 1 ff.
	Zur Fruchtlehre, in Festgabe für Bergbohm 1911 S. 99 ff.
	Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre von verschiedenen Arbeitsverträgen, Freiburg i. Br. 1897

Demelius	Vertragsübernahme, in IJ Bd. 72 S. 248 ff.
Denecke	Rechtsnachfolge in den Betrieb, in BB 1950 S. 679
	Rechtsnachfolge im Betriebe, BB 50 S. 875
Dernburg	Pandekten, Bd. II, Obligationenrecht, 3. Aufl., Berlin 1892
	Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 2 2. Aufl. Halle 1880 (zitiert: Privatrecht)
Eckstein	Deutsches Film- und Kinorecht
Eiffler	Urkundensteuergesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1941
Endemann	Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl. Berlin 1903
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des allgemeinen Teiles des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen Bd. I, 1 1959; Bd. I, 2 1960
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Schuldrechts, 15. Aufl. Tübingen 1958
Ehrenberg-Pisko	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II Leipzig 1918 (zitiert Handbuch)
Ehrenzweig	System des österr. allgem. Privatrechts 2. Aufl.
Esser	Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil 2. Aufl. Karlsruhe 1960
Förster-Eccius	Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. II 5. Aufl. Berlin 1887
J. von Gierke	Das Handelsunternehmen, in ZHR Bd. 111 S. 1 ff.
	Firmenuntergang und Firmenverlegung, in ZHR Bd. 112 S. 1 ff.
	Handels- und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl. 1955

O. von Gierke	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Leipzig 1889 (Zitierweise: Entwurf)
	Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, in Abhandlungen zum Privat- und Zivilprozeß des deutschen Reiches Bd. 1 S. 437 ff.
	Schuldennachfolge und Haftung, in Festschrift für Martitz, Berlin 1911 S. 33 ff.
	Deutsches Privatrecht, Bd. III, Schuldrecht, München Leipzig 1917 (Zitierweise: Privatrecht)
Gieseke	Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in Festschrift für Heymann Bd. I S. 112 ff.
	Der Rechtsbegriff des Unternehmens, in Beiträge zum Handels- und Wirtsch. r. Deutsche Landesreferate z. 3. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, herausgegeben von Ernst Wolff, Tübingen 1950 S. 607
von Godin	Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949
Glück	Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, 17. Abt. Erlangen 1815
Goldmann-Lilienthal	Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl., Bd. I Berlin 1903
Guhl	Das Schweizer Obligationenrecht, Zürich 1956
Heinitz	Kommentar zum preuß. Stempelsteuergesetz, 3. Aufl. Berlin 1909

Hellwig	Verträge auf Leistung an Dritte. Nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1899
Hertel	Novelle zum MSchG, Oppeln 1928 Bd. I
Heusler	Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. I Leipzig 1885, Bd. II Leipzig 1886 (zitiert: Institutionen)
Heymann	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 2. Aufl. Berlin 1944
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I (Würdinger) 2. Aufl. Berlin 1953
Hölder	Kommentar zum allgemeinen Theil des BGB München 1900
Hörchner	Die Abgrenzung von Miete und Pacht an Räumen nach bürgerlichem Recht, Dissertation, Dresden 1936
Huber	System und Geschichte des schweizer Privatrechts, Bd. IV Basel 1893
Hubmann	Das Recht am Unternehmen, in ZHR Bd. 117 S. 41 ff.
Hueck	Zusätzliche soziale Leistungen bei Betriebsübergang, in BB 1951 S. 365
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. Berlin 1963
Isay	Das Recht am Unternehmen, 1910
Jessen	Unternehmen und Unternehmensrecht, in ZHR Bd. 95 S. 36 ff.
Kaser	Römisches Privatrecht, München 1955-59
Kiefersauer	Miete und Pacht, in LZ 1930, S. 1480 ff.
Kiefersauer-Glaser-Brumby	Grundstücksmiete, 9. Aufl. Berlin 1962

Klang	Kommentar zum ABGB, Bd.III Wien 1932
	dasselbe 2. Aufl. Bd.V Wien 1954, beide bearb. von Klang
Knapp	Die Bauernbefreiung Bd.I München Leipzig 1927
Kohler	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.II 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906 Bd.I Allgemeiner Teil, Berlin 1906
	Über die Verpflichtungen des Pächters eines Geschäftsétablissements, in AcP Bd.71 S.397 ff.
Korn	Geschichte der bäuerlichen Rechtsverhältnisse in der Mark Brandenburg von der Zeit der deutschen Colonisation bis zur Regierung des Königs Friedrich I (1700), in der Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. LL.Weimar 1873 S.22 ff.
Kroeschell	Pachtrecht in Handb. der Sozialwissenschaften, 38. Lieferung S.151 ff.
	Bodenordnung in der modernen Gesellschaft, in Heft 34 der Schriftenreihe für ländl. Sozialfragen
Krückmann	Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, in AcP Bd.116 S.157 ff.
Kuhlenbeck	Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil Berlin 1898
Lange	Erbrecht, München 1962
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 5. Aufl. 1962 Bd.I allgem. Teil, Bd.II besond. Teil
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960

Lehmann	Der allgemeine Teil des BGB, 12. Aufl. Berlin 1960
Leonhard	Das Schuldrecht des BGB, Bd. II München Berlin 1931
Lindenmaier	Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des BGH, in MuW 53, S. 592
Littmann	Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, 7. Aufl. Stuttgart 1962
Löning	Die Grundstücksmiete als dingliches Recht 1930
Mittelstein-Stern	Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches, 4. Aufl. Berlin 1932
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. deutsche Reich, amtliche Sammlung, Bd. II und III, 1888
Müller-Erzbach	Der Schutz der Unternehmerarbeit, in ZHR Bd. 64 S. 537
	Besprechung von Isays "Recht am Unternehmen", in ZHR Bd. 71 S. 423
Nikisch	Arbeitsrecht, 3. Aufl. Tübingen 1961
Oertmann	Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen Bd. I allgem. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927 Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1929
Ohmeyer	Miete oder Pacht, in JBl. 1924 S. 95 ff.
Oppikofer	Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927
Oser	Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Bd. V 2. Teil, Das Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 1936, bearb. von Schönenberger

Palandt-Gramm u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Aufl. München Berlin 1963
Pernice	Marcus Antistius Labeo, das röm. Privatrecht im 1. Jahrh. der Kaiserzeit, Bd.I Halle 1873
Petraycki	Die Lehre vom Einkommen, Berlin 1893
Pfizer	Pacht und Miete, in AcP Bd. 71 S.445 ff.
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.II Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Aufl. Berlin
Pflückebaum-Malitzky	UmsatzsteuerG Kommentar Bd.I 8. Aufl. Berlin Köln 1958
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd.II 1898, Bd.III 1899
Rehbein	Das BGB mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, seit 1898
Rehbein-Reinicke	Das allgemeine Landrecht für die preuß. Staaten, mit Erläuterungen, 4. Aufl. Berlin 1899
Reichel	Der Fruchtbegriff im röm. Recht und im Deutschen BGB, in IJ Bd.42 S.205 ff.
	Schuldmitübernahme, kumulative Schuldübernahme, München 1909
Riezler	Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, 1. Abt. München Berlin 1909
RGRK	Das BGB, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern 11. Aufl. Berlin Bd.I, 1 Allgemeiner Teil Bd.II, 2 Schuldverhältnisse (Zitierweise: RGRK mit Bearbeiter)

Rönnberg	Wem hat der Mieter im Falle des § 571 zu kündigen? in Arch. f. bürgerl. Recht Be. 17 S. 78 ff.
Roquette	Mietrecht, 5. Aufl. Tübingen 1961
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. München Berlin 1961
Ruth	Mietrecht und Wohnungszwangswirtschaft i. d. Rechtsprechung des RG, in "Die reichsgerichtl. Praxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der jur. Fak. zum 50jährigen Bestehen des RG Bd. 3 S. 2 ff (Zitierweise: in Festgabe)
	Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, Mannheim Berlin Leipzig 1926 (Zitierweise: Mietrecht)
	Miete und Pacht im Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches für die tschechoslowakische Republik, in AcP Bd. 124 S. 336 ff.
Samló	Juristische Grundlehre, 1917
Schönfeld	Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichtes als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in reichsgerichtl. Praxis Bd. II S. 265 ff.
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956
Schollmeyer	Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerl. Gesetzbuche, 2. Aufl. Berlin 1904
Siber	Grundriß des deutschen bürgerl. Rechts, 2. Schuldrecht, Leipzig 1931
	Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirtes nach dem BGB f. d. deutsche Reich, Jena 1900

Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, Bd.I 9. Aufl. Stuttgart 1959
Siebert-Baur u.a.	Kommentar zum BGB Bd.II 9. Aufl. 1961
Sohm	Der Gegenstand, Ein Grundbegriff des BGB, Leipzig 1905
Staudinger-Coing u.a.	Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin 1955-57 Bd.I Allgemeiner Teil
	Bd.II 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. Berlin 1955
	Bd.II, 3, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. Berlin 1958
Stein-Jonas	Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. Neubearb. von Schönke, Bd.I Tübingen 1953
Stern	Das außergewöhnliche Kündigungsrecht bei Gastwirtschaftsübernahme und ähnlichen Verträgen, in JW 1932 S.2059
Stobbe	Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd.III 2. Aufl. Berlin 1885
Swoboda	Die Abgrenzung von Miete und Pacht im österr. Recht, in JBl. 1924 S.53 ff.
Tannert	Fragwürdige Rechtsprechung zur Pacht von Raum und Unternehmen (§ 36 MSchG), als 2. Beiheft zur DRZ
von Tuhr	Besprechung von Affolters Buch "Das Fruchtrecht", in DRZ 1911 S.826
Ulmer	Urheber und Verlagsrecht, Berlin Göttingen Heidelberg 1960
Warneyer	Unterschied zwischen Miete und Pacht nach der Rechtsprechung des RG, in JW 19 S. 3216 ff.

Wieacker	Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, in AcP Bd.148 S.57 ff.
Wieczorek	ZPO und Nebengesetze, Kommentar Bd. V Berlin 1957
Wieland	Handelsrecht Bd.I München Leipzig 1921
Windscheid-Kipp	Lehrbuch der Pandekten, Bd.II 9. Aufl. bearbeitet v. Kipp, Frankfurt 1906
Wittich	Die Entstehung des Meierrechts und die Auflösung der Villikationen in Nieders. und Westfalen, Separatabdruck aus d. Zschr. f. Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Freiburg
Zimmermann	Die Rechtswirkung der Veräußerung und Belastung des vermieteten Grundstücks auf das Mietverhältnis, München 1901
Zöller	ZPO mit GVG und Nebengesetzen, 9. Aufl. München 1958

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	-	anderer Ansicht
a.a.O.	-	am angegebenen Orte
ABGB	-	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1861
Abs.	-	Absatz
AcP	-	Archiv für die civilistische Praxis (Bd. u. Seite)
a.E.	-	am Ende
Anm.	-	Anmerkung
Art.	-	Artikel
AT	-	Allgemeiner Teil
Bay.ZR	-	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	-	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	-	Band
BFH	-	Bundesfinanzhof
BG	-	Schweizer Bundesgericht
BGBl.	-	Bundesgesetzblatt (Jahrgang, Bd. und Seite)
BGE	-	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtl. Sammlung
BGH	-	Bundesgerichtshof
BGHZ	-	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Band und Seite)

BJG	- Bundesjagdgesetz
DJZ	- Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Spalte)
DRM	- Deutsches Recht, Monatsausgabe (Jahr und Seite)
DR	- Deutsches Recht
DRZ	- Deutsche Richterzeitung
DWohnA	- Deutsches Wohnungsarchiv (Jahr und Seite)
EA	- Einigungsamt (Jahr und Seite)
Einl.	- Einleitung
Entsch.	- Entscheidung
EStG	- Einkommensteuergesetz
G	- Gesetz
GewStG	- Gewerbesteuergesetz
GlU	- Glaser-Unger, Sammlung civilrechtl. Entscheidungen des kk obersten Gerichtshofes
GlU(NF)	-" neue Folge
GRMG	- GeschäftsraummietenG
Gruch.	- Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Band und Seite
GVG	- GerichtsverfassungsG
h. M.	- herrschende Meinung
HGB	- Handelsgesetzbuch
HR	- Handelsrecht
HRR	- Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)

JBl.	- Juristische Blätter, eine Wochenschrift (Jahrgang und Seite)
JJ	- Iherings Jahrbücher (Band und Seite)
JRdsch.	- Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	- Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
KG	- Kammergericht
KGBl.	- Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG (Jahr und Seite)
LG	- Landgericht
LM	- Das Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entsch. Nummer)
LZ	- Leipziger Zeitschrift (Jahr und Seite)
MietGer.	- Das Mietgericht (Jahr und Seite)
Mot.	- Motive zum BGB
MSchG	- MieterschutzG
MuW	- Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	- Nummer
OLG	- Oberlandesgericht
OLGE	- Sammlung der Rechtsprechung der OLGe (Band und Seite)
OR	- Schweizer Obligationenrecht

OVG	-	Oberverwaltungsgericht (zugleich amtliche Sammlung des Preuß. OVG nach Band u. Seite)
Prot.	-	Protokolle zum BGB
Recht	-	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nr. der Entsch.)
RFH	-	Reichsfinanzhof
RG	-	Reichsgericht
RGBl	-	Reichsgesetzblatt (Jahr, Band und Seite)
RGZ	-	Amtl. Sammlung der Entsch. des RG in Zivilsachen (Band und Seite)
Rspr.	-	Rechtsprechung
RStBl	-	Reichssteuerblatt
S.	-	Seite
Sächs. Arch.	-	Sächsisches Archiv (Band und Seite)
Sen.	-	Senat
Seuff. A.	-	Seufferts Archiv für Entsch. oberster Gerichte (Band und Seite)
Seuff. Bl.	-	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern (Band und Seite)
SZ	-	Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
UR	-	Urheberrecht
UStG	-	UmsatzsteuerG
Vorbem.	-	Vorbemerkung
Warn. Rspr.	-	Warneyer, die Rechtsprechung des RG (Jahr und Nr. der Entscheidung)

WuW	-	Warenzeichen und Wettbewerb (Jahrgang und Seite)
ZHR	-	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band und Seite)
ZPO	-	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG: Problematik und Ziel der Arbeit

In der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts erging eine unübersehbare Flut von Entscheidungen der Gerichte aller Instanzen, die sich mit der Abgrenzung von Miete und Pacht befaßten.

Ein Blick auf diese Rechtsprechung[1] zeigt, daß nach 1932 zu dieser Frage kaum noch Urteile gefällt wurden. Neuere Entscheidungen, besonders des BGH, fehlen ganz. Das hängt, wie zu zeigen sein wird, nicht damit zusammen, daß die Probleme der Abgrenzung von Miete und Pacht zufriedenstellend gelöst wären, sondern erklärt sich aus dem Verlauf der Gesetzgebung nach 1932. Ursache für Prozesse, in denen die Abgrenzung von Miete und Pacht entscheidende Bedeutung erlangte, waren in Nebengesetzen zum BGB getroffene Regelungen, die in die Bestimmungen des BGB über Miete und Pacht eingriffen, z.B. das preußische Stempelsteuergesetz und später - seit 1922 - die Mieterschutzgesetzgebung (s.u.S. 26 ff.).

Verhältnismäßig gering ist die Zahl der Fälle, die sich allein aus der verschiedenen rechtlichen Ausgestaltung von Miete und Pacht im BGB selbst ergeben.

Bemerkenswert ist ferner, daß die problematischen Fälle ausschließlich auf dem Gebiet der Überlassung von Räumen auftraten, die für ein bestimmtes Gewerbe baulich geeignet und mit mehr oder weniger Inventar versehen waren. Das erklärt sich durch folgende Überlegung: Solan-

1) Übersichten bei Roquette S.51; Staudinger-Kieferauer Anm.4-13 zu § 581; Siebert-Erdsiek-Mühl Anm.16-31 vor § 535, besonders aber Mittelstein-Stern S.32 ff.

ge Gegenstand des Überlassungsvertrages Objekte sind, die "natürliche" Früchte hervorbringen, läßt sich die Abgrenzung von Miete und Pacht auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen des § 581[1)] gegenüber § 535 klar und eindeutig vollziehen; z.B. beim Überlassen eines Pferdes oder eines Feldes. Hier entscheiden gemäß § 581 allein die im Vertrage eingeräumten Befugnisse, ob Miete oder Pacht vorliegt: Darf der Übernehmer des Pferdes auch das Fohlen behalten oder außer auf dem Felde Baumaterial zu lagern, dieses auch noch abernten, so liegt Pacht vor; darf der Übernehmer das Pferd nur zum Ziehen, das Feld nur als Lagerplatz benutzen, so handelt es sich um ein Mietverhältnis.

Sind jedoch Gegenstände, die keine "natürlichen Früchte" hervorbringen, Objekt des Vertrages, so führt die Abgrenzungsformel des Gesetzes offenbar nicht zu befriedigenden Lösungen; so z.B. beim Überlassen von Räumen. Das erklärt sich folgendermaßen: Gemäß § 581 ist für das Pachtverhältnis im Unterschied zur Miete charakteristisch das Fruchtziehungsrecht des Pächters.[2)] Dieses Recht setzt voraus, daß das Pachtobjekt überhaupt Früchte hervorbringen kann. Das wiederum hängt nicht von den Eigenschaften des Pachtgegenstandes ab, ob er z.B. von Natur aus Früchte trägt oder nicht, ob er beweglich ist oder unbeweglich; denn jeder Gegenstand kann wenigstens mittelbar dadurch Früchte tragen, daß er an einen Dritten weiter überlassen wird[3)]. Zweifelhaft kann jedoch im Einzelfall sein, ob der überlassene Gegenstand auch auf andere Weise als durch seine Weiterüberlassung Früchte hervorbringen kann. Diese Zweifel entstehen vielfach bei der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken. Überläßt jemand einen zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes eingerichteten Raum einem anderen, damit dieser darin das vorgesehene Gewerbe ausübt, so fragt sich, ob dieser Überlassungsvertrag als Miete oder Pacht anzusehen ist. Pacht kann man nur dann annehmen, wenn man die durch das Betreiben des vorgesehenen Gewerbes erzielten Erträge als Früchte der fertig eingerichteten Räume ansehen will. Das wird, wie sogleich ausführlich dargelegt wird, von der Rechtsprechung und der Lehre ganz allgemein bejaht. Umgekehrt kann man aber auch den Standpunkt ver-

1) Ohne Bezeichnung des Gesetzes zitierte Paragraphen sind solche des BGB.
2) Enneccerus-Lehmann § 127 I, 2.
3) ebenda.

treten, die in dem geschilderten Beispiel erzielten Einnahmen seien solche des ausgeübten Gewerbes und nicht des Raumes. Auch diese Meinung wird in Lehre und Rechtsprechung - wenn auch nur vereinzelt - vertreten.

Eine entscheidende Rolle spielt die Frage, wie die Erwähnung des Fruchtziehungsrechtes in § 581 bei der Abgrenzung von Miete und Pacht in Fällen der Raumüberlassung zu bewerten ist, d.h. welches Gewicht den Räumen als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Inhaber aufzuwendenden Tätigkeit bei der Abgrenzung zukommt. Eindeutig ist auf Grund des Wortlautes des § 581 gegenüber dem des § 535, daß das Fruchtziehungsrecht des Pächters konstitutives Merkmal der Pacht sein soll[1]. Indem Rechtsprechung und Lehre überwiegend die Erträge des Inhabers als "Früchte des Raumes" aufgefaßt wissen wollen, räumen sie auch dem Fruchtbegriff bei der Abgrenzung von Miete und Pacht eine Schlüsselstellung ein. Demgegenüber ist auch der Standpunkt vertretbar, daß jede Sache Früchte - zumindest mittelbare im Sinne von § 99 Abs.3 - tragen und daß daher der Fruchtbegriff bei der Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute keine Rolle spielen kann, sondern dafür das bestehende (oder nicht eingeräumte) Fruchtziehungsrecht oder andere, noch aufzuzeigende Kriterien maßgebend sein müssen. Danach wäre z.B. folgendermaßen abzugrenzen: Hat jemand an einem ihm überlassenen Gegenstand ganz allgemein das Fruchtziehungsrecht eingeräumt bekommen, so daß es in seinem Belieben steht, aus dem überlassenen Gegenstand Früchte zu ziehen, was u.U. nur durch dessen Weiterüberlassung an Dritte möglich ist, so handelt es sich um ein Pachtverhältnis; hat der Übernehmer nur ein Gebrauchsrecht im Vertrage eingeräumt erhalten, so liegt Miete vor. Diese Fragen seien hier zunächst nur zur Verdeutlichung des Problems aufgeworfen, sie werden noch ausführlich untersucht werden.

Zum Angelpunkt seiner Entscheidungen hatte das RG also die Frage erhoben, wie die Räume als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Übernehmer aufgewendeten Arbeit richtig zu beurteilen waren, d.h., die Gerichte

1) Mot.Bd.II S.369; einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Lehre: Statt aller RGZ Bd.81 S.23 ff.; Staudinger-Kiefersauer Anm.1 zu § 581.

mußten feststellen, inwieweit im konkreten Falle der Raum seinem Inhaber "Früchte" gewährte. Damit hatte sich die Rechtsprechung für eine sog. wirtschaftliche, d.h. individualisierende, Betrachtungsweise bei der Abgrenzung von Miete und Pacht entschieden, der sich die Lehre fast ohne jeden Widerspruch anschloß. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise führte jedoch nicht nur wie bereits angedeutet - oben S.2 - zu dogmatischen Schwierigkeiten, sondern auch zu einer in sich widersprüchlichen Rechtsprechung.

Das RG schuf den Begriff "Raumpacht", indem es als "Früchte eines Raumes" auch die Erträge der vom Rauminhaber ausgeübten Tätigkeit bezeichnete. Die Folge war eine sehr weite Ausdehnung des Pachtbegriffes, so daß bei den Entscheidungen des RG zur Raumüberlassung in weitem Maße die Zahl der Pachtverhältnisse überwog.

Diese Ausdehnung war bereits nach der ersten Welle der Entscheidung vollzogen. Sie war ausgelöst worden durch das preußische StempelStG vom 31.7.1895, in der Fassung vom 30.6.1909 (Preuß.Ges.Bl. 1895 S.413 ff. und 1909 S.535 ff. - 588), die zweite Welle löste die Notgesetzgebung zum Mietrecht aus (das RMG vom 24.3.1922, das MSchG vom 1.6.1923 und das Wohnungsmangelgesetz vom 26.2.1923).

Nach dem ersten Weltkrieg führte die weite Ausdehnung des Pachtbegriffes zu großen sozialen Härten für den Rauminhaber. Denn die Notgesetzgebung schützte nur den Mieter eines Raumes - auch eines gewerblichen - nicht aber den Pächter eines gleichen Raumes. Das RG versuchte den weiten Pachtbegriff wieder einzuschränken, ohne jedoch seine individualisierende, wirtschaftliche Betrachtungsweise und die damit verbundenen Grundsätze über die Raumeinrichtung als Quelle der Früchte eines Raumes und die hieraus folgende Anerkennung der Raumpacht aufzugeben. Die Folge war, daß die Rechtsprechung in sich widersprüchlich wurde und eine einheitliche Linie vermissen läßt.

Als die Notgesetzgebung nach 1932 auch auf Pachtverhältnisse über Räume ausgedehnt wurde, entfiel die Hauptursache für Streitigkeiten. Die Probleme einer dogmatischen Abgrenzung von Miete und Pacht waren damit jedoch nicht gelöst, sondern diese Frage ist weiterhin von wissenschaftlichem Interesse.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, die gesamte vorliegende Rechtsprechung zur Abgrenzung von Miete und Pacht kritisch zu betrachten und an Hand einzelner ausgewählter Entscheidungen nachzuweisen, daß der Ausgangspunkt der Rechtsprechung für die Abgrenzung von Miete und Pacht verfehlt war. Auf Grund dieser kritischen Analyse sollen sodann Ansatzpunkte zu einem eigenen Lösungsversuch entwickelt werden. Dabei soll nachgewiesen werden, daß der Begriff der Raumpacht dogmatisch nicht zu begründen ist, und daß kein Bedürfnis für die Anerkennung oder Schaffung dieses Rechtsinstitutes besteht. Gegenstand der Untersuchung wird weiter die Frage sein, ob es dem RG gelang, Raum- und Unternehmenspacht voneinander abzugrenzen und die Erträge von Raum und Unternehmen dogmatisch in § 99 einzuordnen.

Zur Terminologie sei noch folgendes bemerkt: Der den Raum Überlassende (Vermieter, Verpächter) wird als Verfügungsberechtigter, der Mieter oder Pächter als Inhaber oder Übernehmer bezeichnet. "Dritter" wird derjenige genannt, der entweder anstelle des Verfügungsberechtigten das Rauminventar gewährt oder der Rechtsnachfolger des Inhabers wird oder auch der, an den der Inhaber den überlassenen Gegenstand weiterüberläßt.

A. Kritische Darstellung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Miete und Pacht in den Fällen der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken

I. Die Regelung von Miete und Pacht im BGB und seinen Nebengesetzen

1. Der Begriff von Miete und Pacht im BGB

Die Vorschriften über Miete und Pacht hat der Gesetzgeber unter einem Titel des BGB zusammengefaßt. Er charakterisiert sie folgendermaßen: Gemäß § 535 ist unter Miete die zeitlich begrenzte entgeltliche Gebrauchsüberlassung, unter Pacht nach § 581 die befristete entgeltliche Überlassung eines Gegenstandes zur Nutzung zu verstehen.

Gemeinsam ist beiden Schuldverhältnissen, daß sie durch Vertrag begründet werden, daß in beiden Rechtsverhältnissen der überlassene Gegenstand bzw. die Sache (§ 535) rechtlich im Vermögen des Verfügungsberechtigten bleibt, weil die Überlassung nur vorübergehend erfolgt.[1] Gemeinsam ist beiden Verträgen weiter, daß Miete und Pacht das gleiche Gebrauchsrecht voraussetzen. Alle Gegenstände, die nicht vermietet werden können, sind auch nicht verpachtbar[2]. Dieser Satz gilt allerdings nicht für Rechte, da sie nach der Auffassung des Gesetzgebers nur verpachtet werden können (vgl. §§ 535 und 581)[3] und nach Ansicht verschiedener Autoren[4] auch nicht "gebraucht" werden können.

Hiermit sind bereits Punkte angedeutet, in denen sich beide Rechtsinstitute unterscheiden: die Miete betrifft die Gebrauchsgewährung, die Pacht den Gebrauch und das Fruchtziehungsrecht. Die Miete ist gemäß § 535 nur bei Sachen, d.h. nach § 90 nur an körperlichen Gegenständen möglich, Pacht dagegen bei allen Gegenständen, soweit sie Früchte tragen.

Der Unterschied zwischen beiden Vertragsarten liegt nach der Umschreibung des Gesetzes (in § 535 und 581) im wesentlichen in dem verfolgten Zweck[5], während die rechtliche Konstruktion große Ähnlichkeiten aufweist. Darauf deutet schon die Regelung beider Rechtsinstitute unter demselben Titel hin. Die rechtlich gleichartige Konstruktion beider Verträge wird aber auch noch durch das Gesetz selbst besonders unterstrichen: Gemäß § 581 Abs.2 finden die Vorschriften über die Miete auf die Pachtverträge Anwendung, soweit das Gesetz keine Sonderregelung für die Pachtverhältnisse getroffen hat. Das ist allerdings in einigen wichtigen Punkten der Fall.

---

1) Larenz II S.117.
2) Staudinger-Kiefersauer Anm.4 zu § 581.
3) Roquette S.60; Mot. Bd. II S.369.
4) Roquette S.60.
5) Esser S.523 und 565.

2. Abweichungen in der Ausgestaltung beider Vertragsarten

Die praktische Bedeutung einer klaren Abgrenzung von Miete und Pacht zeigt sich an der unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung der Rechtsfolgen, je nachdem ob ein Überlassungsvertrag als Miete oder Pacht angesehen wird. Diese verschiedene Ausgestaltung soll bei den wichtigsten Bestimmungen[1] aufgezeigt werden.

Gemäß § 536 kann der Mieter vom Vermieter verlangen, daß er die Mietsache während der Mietzeit in ordnungsgemäßem Zustand erhält. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes dagegen - siehe §§ 582, 586 - hat die gewöhnlichen Ausbesserungen auf seine Kosten zu bewirken (§ 582), u.U. auch das Inventar zu erhalten (§ 586). § 582 ist als Ausnahme des in § 536 festgelegten Grundsatzes anzusehen[2]. Während dem Mieter für den Fall der unbegründeten Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete ein Kündigungsrecht eingeräumt ist, fehlt es an einem entsprechenden Recht des Pächters. Sinn dieser Regelung ist, die Unterpacht grundsätzlich für unzulässig zu erklären.[3]

Ein Kündigungsrecht des Pächters fehlt auch für den Fall seiner Versetzung, falls er z.B. Beamter ist (§ 596 Abs.1); ferner erklärt das Gesetz eine Kündigung, wie sie § 569 beiderseits für den Fall des Versterbens des Mieters vorsieht, für das Pachtverhältnis für ausgeschlossen (§ 596 Abs.1).

Entscheidend für diese Regelung war dem Gesetzgeber[4] die Überlegung, daß die Miete in erster Linie dazu bestimmt ist, einem persönlichen Bedürfnis des Mieters entgegenzukommen. Bei der Pacht stehen vielfach - besonders bei landwirtschaftlichen Grundstücken und Unternehmen - große wirtschaftliche Werte auf dem Spiele. Eine plötzliche Kündigung des Vertrages durch die Erben des verstorbenen Pächters könnte dem Verpächter großen wirtschaftlichen Sachschaden zufügen. Umgekehrt muß aber auch

1) Eine ausführliche Übersicht in Anm.2 vor § 535 im RGRK.
2) Mot.Bd. II S.429 f.
3) Mot. Bd. II S.423; RGRK Anm.2 zu § 596; Staudinger-Kiefersauer Anm.2 zu § 596 (Abs.a).
4) Mot. Bd. II S.428.

der Pächter dagegen gesichert sein, beim Tode des Verpächters von dessen Erben sofort aus dem gepachteten Objekt hinausgesetzt zu werden[1]. Daß dem Pächter in der Situation des § 570 (Beamtenversetzung usw.) kein Kündigungsrecht zusteht, erschien dem Gesetzgeber sogar als selbstverständlich[2].

Besonders aufschlußreich ist eine Gegenüberstellung der Bestimmungen der §§ 556 Abs.1 und 589: Der Mieter hat die Sache in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich nach ordnungsgemäß fortgesetztem Gebrauch befindet; der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hat dieses in dem Zustand zurückzugewähren, der sich aus einer "fortgesetzten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung" ergibt. Dieser Regelung in § 591 liegt der Gedanke des Gesetzgebers zugrunde, daß der Pächter auf Grund des Pachtverhältnisses verpflichtet ist, das übernommene Grundstück für die Dauer der Pacht als "bonus pater familias zu bewirtschaften"[3].

Unterschiedlich geregelt sind im BGB auch die gesetzlichen Kündigungsfristen bei Miete und Pacht: §§ 565 und 595 lassen für den Mieter eines Grundstücks eine Kündigung zum jeweiligen Quartalsende zu, bei der Pacht dagegen ist diese jeweils nur am Ende eines Pachtjahres möglich. Begründet wird diese unterschiedliche Regelung bei Miete und Pacht damit, daß der Mieter die Sache während des Mietjahres gleichmäßig während der ganzen Zeit gebrauchen kann, der Pächter dagegen, besonders der eines landwirtschaftlichen Grundstückes, kann nur in einzelnen Perioden des Jahres oder in bestimmten Abständen Früchte aus dem Pachtobjekt ziehen[4].

Auffallend ist weiter, daß das Gesetz in § 590 dem Pächter ein Pfandrecht einräumt. Eine entsprechende Regelung für die Miete fehlt dagegen.

Gemäß § 585 ist das Pfandrecht des Verpächters gegenüber dem des Vermieters in zweifacher Hinsicht erweitert worden: Hinsichtlich des Gegenstandes und der zu sichernden Forderungen. Der Schwerpunkt der unter-

1) Anders noch das ALR §§ 368, 369 I 21.
2) Mot. Bd.II S.429.
3) Mot. Bd. II S.440.
4) Mot. Bd. II S.427.

schiedlichen Ausgestaltung im BGB liegt eindeutig bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke.

Auch prozeßrechtlich sind beide Institute in einigen Punkten unterschiedlich ausgestaltet worden: Gemäß § 23 Ziff.2 GVG besteht eine ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes für Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis; eine entsprechende Vorschrift für die Pacht fehlt. Gemäß § 200 Ziff.4 GVG gehören Mietstreitigkeiten zu den Feriensachen, Pachtstreitigkeiten dagegen nicht. Nach § 709 Ziff.1 ZPO sind Urteile aus Streitigkeiten zwischen Mieter (Untermieter) und Vermieter ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären; eine entsprechende Vorschrift für Streitigkeiten zwischen Pächter und Verpächter besteht jedoch nicht.

3. Die Behandlung von Miete und Pacht in der Notgesetzgebung

Einer besonderern Erörterung bedarf noch die sogenannte Notgesetzgebung. Einerseits kann es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine vollständige vergleichende Darstellung des Notrechts bei Miete und Pacht zu geben. Andererseits aber kann auf seine Erörterung auch nicht verzichtet werden. Es lassen sich aus dieser Notgesetzgebung selbst auch keine Kriterien für die Abgrenzung beider Rechtsinstitute herleiten; aber gerade sie war der Anlaß für eine unübersehbare Flut von Entscheidungen der Gerichte aller Instanzen[1].

Wie ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt[2], kam es fast nur bis 1932 zu Entscheidungen des RG über die hier behandelte Frage. Wie die Übersichten bei Roquette[3] und bei Staudinger[4] zeigen, fehlt es an neueren Entscheidungen, insbesondere an solchen des BGH. Das hängt nun nicht

---

1) Z.B. allein die Übersicht über die RG-Entscheidungen bei Mittelstein-Stern S.32 ff.; Warneyer JW 1929 S.3216.
2) Z.B. bei Roquette S.71 ff.
3) a.a.O.
4) Staudinger-Kiefersauer Anm. 2-13 zu § 581.

damit zusammen, daß das Problem zufriedenstellend gelöst wurde, sondern erklärt sich durch den Verlauf der Gesetzgebung nach 1932:

Im Verlauf des ersten Weltkriegs trat eine allgemeine Knappheit von Wohnungen ein. Die Folge waren laufende Kündigungen und Mietzinserhöhungen, die Hand in Hand gingen. Der Staat sah sich gezwungen, durch gesetzgeberische Maßnahmen dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten. Das erfolgte im Wege einer staatlichen Regelung des Kündigungs- und Preisrechtes.

Die ersten Maßnahmen wurden jedoch erst gegen Ende des Krieges getroffen. Da der Gesetzgeber aber die Kompetenzen hierfür in weitem Umfang auf Länder und Kommunen übertragen hatte, war die Folge für das Mietrecht eine unübersehbare Rechtszersplitterung[1].

Zwar hatte der Bundesrat zwei MieterschutzVO - die erste vom 26.7.1917 und die zweite vom 23.9.1918 - erlassen, um die Mieter zu schützen; aber diese VO schafften keine klaren Tatbestände, in denen der Mieterschutz gewährleistet werden sollte. Eine entscheidende Änderung trat erst ein, als das ReichsmietenG vom 24.3.1922 (RGBl. S.353) und das WohnungsmangelG vom 26.7.1923(RGBl. S. 751) in Kraft traten. Diese Dreiteilung des Notrechtes in Wohnungsmangelrecht, Kündigungsschutz und Preisrecht wurde in der Folgezeit beibehalten[2].

Von diesen drei Gesetzen waren das ReichsmietenG und das MieterschutzG bis zum 1.7.1926 befristet. Sie wurden aber mehrfach verlängert, weil keine Entspannung auf dem Wohnungsmarkt eintrat.

Kennzeichnend für diese drei Gesetze war, daß sie nur für Mietverhältnisse, nicht aber auch wie später für Pachtverhältnisse über Räume galten. Daher fielen z.B. Mietverträge über Geschäftsräume unter den Schutz der Notgesetzgebung, nicht aber Pachtverträge über gleiche Räume. Notrechtsvorschriften für die Raumpacht fehlten. Nur einige bestimmte Grundstücke waren von der Pachtschutzverordnung vom 9.6.1920 (RGBl. S.922; S.529) geschützt. Es handelt sich dabei um Pachtverhältnisse über landwirtschaft-

1) Staudinger-Kiefersauer Vorbem. 37-39 vor § 535 (besonders Vorbem.38 Nr.2 a und b).

2) Enneccerus-Lehmann § 136.

lich oder gärtnerisch gewerbsmäßig genutzte Grundstücke. Ein Pachtschutz hinsichtlich der Raumpacht bestand dagegen auch nach dieser VO nicht.[1)]

Viele "Pächter", die Geschäftsräume zu hohem Zins "gepachtet" hatten, fühlten sich durch diese Gesetzgebung benachteiligt und versuchten nachzuweisen, daß ihr mit dem Raumeigentümer geschlossener Vertrag ein Mietvertrag und nicht, wie die Vertragsbezeichnung behauptete, ein Pachtvertrag war. Gelang dieser Nachweis, so wurden diese Überlassungsverträge außer vom Mieterschutz auch vom gesetzlichen Mietpreisrecht, das eine Höchstmiete festsetzte, erfaßt. Typisch für diese allgemeine Tendenz war der Fall des Café Kröpcke in Hannover[2)].

Ein neuer Abschnitt in der Notgesetzgebung begann 1937, als die VO über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume vom 28.8.1937 (RGBl.I S.917) den Reichsarbeits- und -justizminister ermächtigte, Kündigungsschutzvorschriften für Mieter und Pächter zu erlassen.

Die Bedeutung dieser VO lag u.a. darin, daß sie den Kündigungsschutz nicht mehr allein auf Mieträume erstreckte, sondern es erstmalig ermöglichte, Pachtverhältnisse über Räume in den Kündigungsschutz einzubeziehen. Seinen Ausdruck fand diese Aufforderung des Gesetzgebers zuerst in der VO zur Ausführung der VO über den Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume vom 4.12.1937 (RGBl. I S.1325). Damit waren Miet- und Pachtverhältnisse über Räume praktisch gleichgestellt. Die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung beider Rechtsinstitute auf dem Gebiete der Notgesetzgebung war damit nahezu bedeutungslos geworden. In der Praxis bewirkte die Neuregelung, daß nach dieser Zeit nur noch ganz vereinzelt Entscheidungen zur Abgrenzung von Miete und Pacht nachweisbar sind[3)]. Neuere Entscheidungen zu der hier zu behandelnden

---

1) Zum Ganzen Enneccerus-Lehmann § 139; Roquette S.2-16; Staudinger-Kiefersauer Anm.5, 6, 8, 9 Abs.2 vor § 581; Palandt-Gramm Anm.2 vor § 581.

2) RG in Warn-Rspr. 1923/24 Nr.160, s.u. S.26 ff.

3) Hierzu die bereits erwähnte Übersicht bei Roquette S.71 ff.; ferner bei Staudinger-Kiefersauer Anm.2-20 zu § 581.

Frage sind daher nicht zu erwarten. Denn an der Gleichbehandlung von Mieter und Pächter in der Notgesetzgebung änderte sich auch nach dem zweiten Weltkrieg nichts. Der § 9 der AusführungsVO zur KSchVO wurde in § 36 MSchG übernommen und schützt auch jetzt den Pächter von Räumen und gewerblich genutzten unbebauten Grundstücken; § 5 des GRMG vom 25.6.1952 (BGBl. I S.338) hob - jedoch gleichermaßen für Mieter und Pächter - diesen Kündigungsschutz auf, soweit es sich um gewerblich genutzte Räume im Sinne von § 2 GRMG oder um gewerblich genutzte unbebaute Grundstücke handelt.

Hinsichtlich des Preisstops bestimmte die Anordnung über die Preisbildung und Preisüberwachung nach der Währungsreform vom 25.6.1948 (WiBl 61) Höchstpreisvorschriften. Das GRMG hob in seinen §§ 1, 4 und 21 den Preisstop für die erwähnten Pachtverhältnisse im Sinne des § 2 GRMG auf. § 6 Abs.1 LPG nimmt Pachtverhältnisse über landwirtschaftliche Grundstücke, die die Bodennutzung bezwecken, ebenfalls vom Preisstop aus.

In der Notgesetzgebung blieb schließlich nur noch eine unterschiedliche Regelung für Miete und Pacht übrig: für die gesetzliche Miete fehlt es an einer Entsprechung im Pachtrecht.[1)]

Das erklärt sich, wie noch zu zeigen ist, aus dem Wesen der Pacht und ihrer von der Miete verschiedenen wirtschaftlichen Funktion.

Jedoch kennt auch das Pachtrecht eigene Besonderheiten. Eine Verpflichtung zum Abschluß eines Pachtvertrages auf behördliche Anordnung hin konnte auf Grund des Art. VII KontrollratG ergehen zur Sicherung der Landbewirtschaftung im Rahmen landwirtschaftlicher Bodennutzung[2)]; zum anderen in Fällen kleingärtnerischer Bodennutzung auf Grund der Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung (Reichsgesetz vom 31.7.1919 RGBl. S.1371) mit seinen Ergänzungen[3)].

---

1) Staudinger-Kiefersauer Anm.29 zu § 535 und Anm. 8 vor § 581.

2) Aufgehoben durch das Grdst VG § 39 Abs.3. Im Grdst VG vom 28.6.61 - BGBl. I S. 1091 - fehlt eine entsprechende Bestimmung.

3) Einzelheiten bei Staudinger-Kiefersauer Anm.8 und 9 vor § 581 und 45 zu § 581.

Eine gewisse Einschränkung erfährt die Vertragsfreiheit auch noch dadurch, daß Pachtverträge über bestimmte Gegenstände einer behördlichen Genehmigung bedürfen; z.B. auf Grund des Gesetzes über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22.9.1933 (RGBl. I S.659) mit seinen Ergänzungen[1].

Insgesamt läßt sich feststellen, daß die Abgrenzung von Miete und Pacht in der Notgesetzgebung nach dem zweiten Weltkriege im Gegensatz zu der Rechtslage nach dem ersten Kriege für die Praxis nahezu bedeutungslos geworden ist, da Miete und Pacht grundsätzlich gleich behandelt werden. Eine Ausnahme besteht nur hinsichtlich der Zwangsmiete und "Zwangspacht". Letztere ist nur in sehr beschränktem Umfange zulässig. Während das Notrecht bis 1937 Anlaß für eine Fülle von Entscheidungen zur Abgrenzung beider Rechtsinstitute war, fehlt es daher seit dieser Zeit fast völlig an Entscheidungen dieser Art. Daher sind auch in der Literatur keine Entscheidungen des BGH nachzuweisen.

Die Erstreckung des Mieterschutzes auch auf Pachtverhältnisse über Räume beseitigte zwar das Problem, Miete und Pacht über Räume auf Grund der vom RG entwickelten Kriterien abzugrenzen. Indes ergab sich nunmehr die Notwendigkeit, die Raumpacht von der Unternehmenspacht abzugrenzen, denn nur die Raumpacht, nicht aber die Unternehmenspacht - oder etwa die Rechtspacht - wurden vom erweiterten Mieterschutz erfaßt[2].

Die Rechtsprechung erkannte diese Notwendigkeit, aber es gelang ihr nicht, diese Abgrenzung in eindeutiger Weise durchzuführen.

Vielmehr entzündete sich eine neue Streitfrage darüber, ob Räume begriffsnotwendig zur Unternehmenspacht gehören oder nicht. Vielfach[3] wurde die Auffassung vertreten, daß Räume begrifflich zur Unternehmenspacht gehörten. Das erscheint zweifelhaft - unten S. 104 ff. Allerdings wird das

1) Vgl. die Übersicht bei Staudinger-Kiefersauer in Anm.8 vor § 581.
2) Kiefersauer-Glaser-Brumby Anm.2 zu § 36 MSchG und Bem.16 und 17 in der Einl. zum MSchG.
3) Roquette MR 1942 S.244, sowie MR S.274; a. A. Bettermann Anm.84 zu § 1 MSchG.

Unternehmen in der Regel mit Räumen verbunden sein. Rechtsprechung und Lehre stellten sich in diesen Fällen die Frage, ob die Räume den wesentlichen Bestandteil der Überlassung bildeten oder das eigentliche Unternehmen.[1)]

Nur wenn das Schwergewicht bei der Überlassung auf den Räumen lag, sollte diese "Unternehmenspacht" dem erweiterten Mieterschutz unterstellt werden. Eine überwiegend von der Rechtsprechung vertretene Meinung geht dagegen dahin, daß jede Unternehmenspacht, bei der auch Räume zum Unternehmen gehören, dem Mieterschutz unterfällt[2)].

Die Lösung dieser Streitfrage kann, da sich dabei für die hier zu beantwortende Frage nach einer dogmatischen Abgrenzung von Miete und Pacht nichts ergibt, auf sich beruhen. Gerade das Vorhandensein eines Meinungsstreites in diesem Punkte zeigt jedoch, daß der von der Rechtsprechung geschaffene und von der Lehre überwiegend akzeptierte Begriff der Raumpacht möglicherweise zu neuen Schwierigkeiten führt.

Von Bedeutung ist die Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken auch heute noch im Bereich der kommunalen Steuergesetzgebung, so etwa bei den kommunalen Schankerlaubnissteuerverordnungen. Sie bestimmen in der Regel, daß neben dem Pächter für die Schankerlaubnissteuer auch der Verpächter gesamtschuldnerisch haftet. Für den Vermieter besteht keine gesamtschuldnerische Haftung. In den Fällen, da der Inhaber der Schankerlaubnis und Inhaber der Räume seiner Steuerpflicht nicht nachkommt, entsteht daher in der Regel Streit zwischen der kommunalen Behörde und dem Grundstückseigentümer über die Rechtsnatur des Raumüberlassungsvertrages. Gerichtliche Entscheidungen auf diesem Gebiet sind jedoch bisher nicht nachweisbar.[3)]

---

1) Eine Übersicht über die verschiedenen Theorien gibt Kiefersauer-Glaser Brumby in Anm.16 und 17 der Einl. zum MSchG.

2) RGZ Bd.168 S.44; OLG Freiburg in DRZ 1946 S.194; KG in SJZ 1949 S.199; zum Ganzen Tannert in DRZ (1948), 2. Beiheft, wo er einen umfassenden Überblick gibt. (bes. S.9).

3) Nach dem zweiten Weltkrieg gewann die Frage wieder an Bedeutung, wann die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken zum Zwecke der Weitervermietung steuerrechtlich als gewerbliche Tätigkeit anzusehen ist; z.B. die Entscheidung des BFH in NJW 1964 S.1495.

II. Grenzfälle bei der "Raumpacht" und ihre Lösung in der Rechtsprechung

1. Vorbemerkung

Die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Miete und Pacht soll, soweit es möglich ist, in einzelnen Fallgruppen und in ihrer historischen Entwicklung dargestellt werden. Grundsätzlich sollen jedoch folgende zwei Hauptgruppen getrennt betrachtet werden: Einmal die Raumüberlassung mit Inventar, das im Eigentum des Verfügungsberechtigten steht, zum andern die Raumüberlassung mit solchem Inventar, das der Inhaber von einem Dritten übernimmt oder auch von Verfügungsberechtigten käuflich erwirbt. Die Hauptgruppe der Entscheidungen bildet die Überlassung von Gastwirtschaften. Hierzu ergingen die ersten Grundsatzentscheidungen des RG - s.u. S.16 ff.

Bereits eingangs wurde erwähnt, daß die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Miete und Pacht gewissermaßen in zwei Stufen erging. Ausgelöst wurden beide durch gesetzgeberische Eingriffe in die Regelung des BGB und dadurch, daß für Miete und Pacht in neuen Bestimmungen unterschiedliche Regelungen getroffen wurden. Ein flüchtiger Überblick über diese Rechtsprechung zeigt bereits[1], daß Abgrenzungsschwierigkeiten fast ausschließlich bei der Raumüberlassung auftraten[2].

Für die auf Raumüberlassung beschränkte Notgesetzgebung versteht sich diese sachliche Beschränkung der problematischen Fälle leicht. Bei den durch das preußische StempelsteuerG hervorgerufenen Streitigkeiten erklärt sich die Beschränkung der Streitfälle in dieser Frage aus der Tatsache, daß zuvor Miet- und Pachtverträge über Grundstücke in dem Gesetz

---

1) Heinitz, S.544 Ziff. 2-2a.

2) Entscheidungen, denen Fälle zugrunde liegen, die sich aus der verschiedenartigen Ausgestaltung von Miete und Pacht im BGB und im Prozeßrecht ergeben, sind nur sehr wenig nachweisbar; z.B. RGZ in JW 1933 S.516 Nr.11 unten; ferner OLG Braunschweig in OLGE Bd.5 S.23 unten S.16; OLG München OLGE Bd.29 S.77 Nr.2.

grundsätzlich für steuerpflichtig angesehen wurden, bei diesen Mietverträgen jedoch nur 50 % der Steuer verlangt wurden, bei der Pacht dagegen der volle Steuersatz.

In der ursprünglichen Fassung des preußischen StempelsteuerG von 1895 waren Miete und Pacht gleich behandelt, so daß die Abgrenzung beider Rechtsinstitute bedeutungslos für dieses Gebiet war. In der Literatur[1)] wird daher die Abgrenzung von Miete und Pacht als bedeutungslos bezeichnet und in der Rechtsprechung zu diesem Gesetz sind Entscheidungen über die Abgrenzung nicht nachweisbar.

Eine Änderung trat erst mit der Novelle zum preußischen StempelsteuerG vom 30.6.1909 ein, die - wie bereits erwähnt - die Steuer für Mietverträge über gewerbliche Räume um 50 % gegenüber Pachtverträgen über die gleichen Räume senkte und die Steuer außerdem auch auf mündliche Verträge ausdehnte, was in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes ebenfalls nicht der Fall war[2)]. Damit war der Anlaß für die erste Welle einer unübersehbaren Flut von Streitfällen gegeben.

2. Die Raumüberlassung mit dem Verfügungsberechtigten gehörigem Inventar

a) Die ersten Entscheidungen nach Inkrafttreten des BGB

Der erste nachweisbare Fall zur Abgrenzung von Miete und Pacht nach Inkrafttreten des BGB[3)] beschäftigt das OLG Braunschweig[4)]. Folgender Sach-

1) Heinitz S.544 Ziff.2-2a.
2) Heinitz S.548 Ziff.1a und S.1015 Ziff.5 Abs.II.
3) Mit einem Fall aus dem gemeinen Recht mußte sich das RG in einem Urteil vom 29.10.1897 (RGZ Bd.40 S.24 ff) auseinandersetzen. Es ging dabei im wesentlichen um die Frage, inwieweit nach gemeinem Recht die Erträge einer Mühle als deren Früchte anzusehen seien. Nach gemeinem Recht waren die aus dem Mühlenbetrieb erzielten Einnahmen solche des betriebenen Gewerbes, nicht aber solche des Mühlengrundstückes (S.26 und S.28).
4) OLGE Bd.5 S.23 f. (Urteil vom 6.2.1902).

verhalt lag dem Streite zugrunde:

> Der Kläger hatte, wie es in dem Vertrage hieß, vom Beklagten dessen Brinksitzerwesen gepachtet. Der Überlassungsvertrag beschränkte sich indessen auf die Hofstelle mit Wohn- und Nebengebäuden, sowie den 17 ar großen Hausgarten. Das übrige Land (20 Morgen) war anderweitig verpachtet. Der Kläger klagte nun vor dem LG auf Überlassung der Pachtgegenstände.

Das LG wies die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit ab. Es begründete seine Ansicht damit, es liege ein Miet- und kein Pachtvertrag vor, so daß gemäß § 23 Ziff.2 a GVG das AG sachlich zuständig sei. Obwohl die Parteien den Vertrag als Pachtvertrag bezeichnet hatten, sah das OLG in ihm einen Mietvertrag, weil der Vertrag nach seiner Ansicht im wesentlichen zu dem Zwecke geschlossen war, daß der Kläger die Hofstelle und die Gebäude zu Wohnzwecken benutzen konnte, so daß der mitüberlassene Hausgarten und eine auf 5 Mark jährlich bewertete Holzrente als völlig nebensächlich anzusehen seien. Jedoch waren teils Sachen, teils Rechte Gegenstand des Vertrages, die teils zum Gebrauch, teils zum Fruchtgenuß überlassen worden waren. Daher entschied das Gericht - da Rechte nur Gegenstand der Pacht sein könnten und für die Pacht das Fruchtziehungsrecht typisch sei-, daß entscheidend sei, was als Hauptsache des Überlassungsvertrages anzusehen ist. Das sei hier die Wohnstelle. Durch sie erlange der Inhaber nur Gebrauchsvorteile.

Wesentliche Gesichtspunkte lassen sich aus dieser Entscheidung nicht gewinnen. Immerhin ist bemerkenswert, daß es sich um einen Fall handelt, dessen Problematik sich aus der verschiedenen prozessualen Ausgestaltung beider Rechtsinstitute in § 23 GVG ergibt.

Festzuhalten ist ferner der Gedanke, daß bei den sogenannten gemischten Überlassungsverträgen - das sind Verträge, die die Überlassung von Sachen im Sinne von § 19 und von Rechten zum Gegenstand haben und die an einzelnen Objekten den Fruchtgenuß gestatten, sich im übrigen aber darauf beschränken, dem Übernehmer den Gebrauch zu gestatten - es entscheidend darauf ankommt, was als Hauptsache des Vertrages an-

zusehen ist. Dieser Grundsatz gilt auch heute noch allgemein[1].

b) Grundsatzentscheidung bei der Überlassung von Gastwirtschaften[2]

Die erste Entscheidung, in der die Frage der Abgrenzung von Miete und Pacht eine entscheidende Rolle spielt und in der sich das RG bemüht, allgemeine Grundsätze für die Abgrenzung beider Rechtsinstitute aufzustellen, ergeht am 20.10.1922[3]. Hier lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Ein rechtsfähiger Verein (Kläger) überließ durch schriftlichen Vertrag die Benutzung des auf seinem Grundstück stehenden Vereinsgebäudes einer Firma K zum Betriebe eines Saalgeschäftes, einer Stadtküche, sowie zum Betriebe eines Restaurants in den dem Verein vorbehaltenen Räumen. Die einzelnen Räume, die überlassen werden sollten, waren sehr unterschiedlich eingerichtet; Teils mit vollständigem Inventar, teils nur sehr unzulänglich. Weiter enthielt der Vertrag genaue Abmachungen über die Verteilung der laufenden Kosten auf den Verein und auf die übernehmende Firma (für Licht, Heizung etc.). Für diesen Vertrag hatte der beklagte preußische Fiskus 128,50 RM Stempelsteuer erhoben. 81,75 RM forderte der Kläger nunmehr mit der Begründung zurück, sämtliche der Firma K überlassenen Räume seien als Mieträume für gewerbliche Zwecke bestimmt und daher hätte nach der Tarifstelle 48 I Abs. II des preußischen StempelsteuerG vom 31.7.1895 i.d.F. vom 30.6.1909 die Abgabe nur 50 % betragen dürfen. Der be-

---

1) OLG Breslau in JW 1927 S.1847; Staudinger-Kiefersauer Anm.1 zu § 581; Enneccerus-Lehmann § 127 I,2.

2) Die Aufteilung der für die Abgrenzung von Miete und Pacht in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze aus den Fällen der Hotel-, Café- oder Gaststättenüberlassung empfiehlt sich, weil sie Gegenstand der meisten Entscheidungen war; siehe die Übersicht bei Staudinger-Kiefersauer Anm.7-9 zu § 581.

3) RG in Gruchot Bd.67 S.681 ff. (Entsch. des 7.Sen.). Eine ältere Entscheidung (in JW 1908 S.34 Nr.48) konnte nicht verwertet werden, da sie nicht ausführlich genug wiedergegeben ist und vor allem der zugrundeliegende Sachverhalt nicht klar festzustellen ist. Dasselbe gilt für die Wiedergabe des Urteils in Recht 1909 unter Nr.249.

klagte Fiskus beantragte, die Klage abzuweisen. Diesem Antrag entsprach das angerufene LG; das OLG als Berufungsgericht verurteilte dagegen den Fiskus, nahm also Miete an. Das RG wies die Sache zurück, nachdem es vorher grundsätzliche Ausführungen zur Problematik des Falles gemacht hatte.

Bei seiner Entscheidung hatte das RG von folgendem Rechtszustand auszugehen: Die Ausnahmevorschrift der Tarifstelle 48 des StempelsteuerG bestimmte, daß 50 % der nach Abs.I der Tarifstelle zu berechnenden Steuer nicht erhoben werden durften, wenn das Mietverhältnis Räume betraf, die für gewerbliche oder berufliche Zwecke bestimmt waren. Der Abs.II konnte auf Pachtverhältnisse über die gleichen Räume nicht angewendet werden, da das StempelsteuerG in den Tarifstellen, die sowohl für Miete als auch Pacht gelten sollten, beide ausdrücklich erwähnte. An einer solchen Entsprechung fehlte es aber in Abs.I der Tarifstelle 48. Die Entscheidung des Falles ging daher allein davon aus, ob der zwischen dem klagenden Verein und der Firma K geschlossene Vertrag rechtlich als Miet- oder Pachtvertrag zu beurteilen war.

Nachdem das RG[1] kurz auf die Charakteristik beider Rechtsinstitute im BGB hingewiesen hat,[2] wendet es sich den Besonderheiten der Raumüberlassung zu und beurteilt die Frage nach folgenden Gesichtspunkten:

Aus der Tatsache allein, daß Räume zu gewerblichen Zwecken, also allein mit dem Ziele, durch sie wirtschaftliche Erträge zu gewinnen, überlassen werden, folge keineswegs zwingend, daß es sich um Pacht handele. Das ergäbe sich klar aus Abs.II der Tarifstelle 48, wo von Mietverhältnissen über Räume, "die für gewerbliche Zwecke bestimmt sind", die Rede ist. Nach Ansicht des RG muß man unterscheiden, welche Rolle den Räumen bei dem Erzielen von Erträgen zugedacht ist. Sollen sie ihrem Inhaber nur als "örtlicher Mittelpunkt seines Gewerbes geeignete Gelegenheit geben, seine gewinnbringende Tätigkeit auszuüben (z.B. bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines Zigarrenladens oder eines Friseurgeschäftes)", dann soll es sich nach Auffassung des RG um ein Mietverhältnis handeln. Sind aber die Räume so beschaffen und auch nach dem Ver-

1) a.a.O. S.684.
2) s.o.S.5 ff.

trag dazu bestimmt, daß sie ohne besondere Änderungen vom Inhaber Dritten entgeltlich zum Gebrauch überlassen werden können, und auf diese Weise Erträge gewähren, so sollen diese weniger als das Ergebnis einer gewinnbringenden Tätigkeit des Inhabers zu bewerten sein, sondern als Erträge, die der überlassene Gegenstand selbst eines von seinem Inhaber begründeten Rechtsverhältnisses abwirft. Das seien Früchte im Sinne des § 99 Abs.3, wie das RG hinzufügt. In diesem Falle sei der Gegenstand die eigentliche Quelle der Erträge, der gegenüber die mitwirkende Tätigkeit des Inhabers in den Hintergrund trete.

Das RG fährt mit den auch von Pfizer vorgebrachten Argumenten fort[1], indem es sich auf den Sprachgebrauch beruft. Danach sei das entgeltliche Überlassen eines leeren Zigarrenladens, den sich der Übernehmer erst noch einzurichten habe, als Miete zu bezeichnen, das Überlassen eines eingerichteten Hotels oder Theaters dagegen als Pacht. Im letzteren Fall liege Pacht aber nicht nur dann vor, wenn mit den eingerichteten Räumen "ein bereits vorhandener und mit ihm verbundener wirtschaftlicher Organismus" (das vorhandene und in Betrieb befindliche Unternehmen) zum Weiterbetrieb überlassen werde, sondern Pacht sei auch dann anzunehmen, wenn der Übernehmer diesen wirtschaftlichen Organismus erst durch eigene Tätigkeit aufbauen müsse.

Das RG[2] zieht dann einen Vergleich zur Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke: Beim Überlassen landwirtschaftlicher Grundstücke sei Pacht auch dann anzunehmen, wenn sie nicht durch schon vorhandenes Inventar zum Betriebe bereit seien, sondern dieses erst vom Übernehmer beschafft werden müsse. Anders sei nur zu entscheiden, wenn das Land lediglich zum Gebrauch, also z.B. lediglich als Lagerplatz überlassen werde. Zu begründen sei diese Auffassung dadurch, daß landwirtschaftliche Grundstücke "von Natur aus, auch ohne menschliches Zutun, zur Hervorbringung von Bodenerzeugnissen (Gras, Holz) geeignet sind". In der Landwirtschaft beschränke sich die menschliche Tätigkeit in der Regel darauf, die Entstehung von Früchten so zu steuern, daß der Ertrag möglichst groß ist. Aus städtischen Grundstücken, um die es sich im vorliegenden Fall handele, seien Erträge in der Regel aber nur dann zu

1) in AcP Bd.71 S.449 ff.
2) a.a.O. S.685.

erzielen, wenn mit ihnen eine einen bestimmten Betrieb ermöglichende Einrichtung verbunden sei. Daß in solchen Fällen Pacht anzunehmen sei, habe die Rechtsprechung[1] und sei auch in der Literatur überwiegend anerkannt.

Sich dann dem zu entscheidenden Falle zuwendend, stellt das RG fest, es handele sich um einen Grenzfall insofern, als die Räume sehr unterschiedlich eingerichtet seien. Die Firma K habe daher noch einen Teil der Einrichtung anschaffen müssen, ehe sie den beabsichtigten Betrieb habe aufnehmen können. In solchen Fällen müsse, so fährt das RG verallgemeinernd fort, die Entscheidung, ob Miete und Pacht vorliege, davon abhängen, ob die Einrichtung dergestalt ist, daß man die Räume als "in der Hauptsache für den Gewerbebetrieb geeignet" ansehen könne, so daß die in dieser Hinsicht noch erforderlichen Anschaffungen des neuen Inhabers lediglich als "Ergänzung und Vervollständigung" anzusehen seien[2]. In diesem Fall dürfe man von der Annahme ausgehen, daß die Räume "zum Gebrauch und ordnungsgemäßen Fruchtgenuß" überlassen worden seien, so daß die Annahme eines Pachtvertrages gerechtfertigt sei. In dem zu behandelnden Falle hatte das Berufungsgericht den Vertrag als Miete angesehen, weil nach seiner Auffassung die Erträge, die jemand in ihm überlassenen und zu dem Gewerbe fertig eingerichteten Räumen erzielt, nicht Früchte der Räume, sondern Früchte des Gewerbebetriebes seien.

Diese Ansicht lehnte das RG ab, indem es auf seine hier wiedergegebenen Ausführungen verweist. Die Tatsache, daß ohne menschliche Tätigkeit aus den zu einem bestimmten Gewerbe eingerichteten und zu dessen Ausübung überlassenen Räumen keine Erträge zu erzielen seien, spreche nicht

---

1) Das RG beruft sich dabei auf nichtveröffentlichte Urteile. Literaturangaben werden nicht nachgewiesen.
Vielmehr scheint das Problem in der damaligen Literatur bis dahin noch nicht gesehen worden zu sein; so findet sich z.B. bei folgenden Autoren kein Hinweis: Cosack-Mitteis Bd.1 S.577 ff. und 588 ff.; Kohler Bd.2 S.313 ff.; Kuhlenbeck 2.Teil S.291 ff.; Crome Bd.2 S.529 ff.; Endemann Bd.2 S.1038 ff.; Planck Bd.2 (1. und 2.Aufl.) Vorbem. und Anm. zu § 535 und § 581.

2) RG a.a.O. S.685.

gegen die Auffassung, daß die durch "die gewerbliche Verwertung der Räume erzielten Erträge als Früchte der überlassenen Räume selbst anzusehen sind", wenn die menschliche Tätigkeit von verhältnismäßig geringer Bedeutung für das Erzielen der Erträge sei.

Das RG wendet sich dann noch der Frage zu, inwieweit es auf das Wertverhältnis der Objekte ankomme, die noch vom Inhaber der Räume bzw. vom Verfügungsberechtigten anzuschaffen seien, damit der Übernehmer das beabsichtigte Gewerbe ausüben könne.

Eine solche Abwägung lehnt das Gericht ab[1]. In dem zu entscheidenden Falle hatte die Übernehmerin, um das Restaurationsgeschäft betreiben zu können, Inventar im fünffachen Wert des vorhandenen anzuschaffen gehabt. Nach Ansicht des RG können vielmehr für die Entscheidung nur solche Sachen in Betracht kommen, "die zur Einrichtung derjenigen Räume dienen, die durch Überlassung - wenn auch nur einer zeitweisen - an andere gewerblich verwertet werden sollen". Diese seien als die ertragbringende Hauptsache anzusehen, während alle anderen Wirtschaftsräume "nur als Nebensache erachtet werden können, die dier Hauptsache zu dienen bestimmt ist".

Abschließend stellt das RG fest, der vorliegende Vertrag enthalte sowohl Elemente des Miet- als auch des Pachtvertrages. Mit dem Argument, der Vertrag könne in steuerlicher Hinsicht nur einheitlich bewertet werden, verweist das RG die Sache ans Berufungsgericht zurück, damit noch die "tatsächlichen Umstände" geklärt würden, die es ermöglichen, den Fall nach den dargestellten Grundsätzen zu entscheiden.

Diese Grundsätze verfeinerte das RG nach und nach, wie z.B. in folgendem Fall[2]:

> Die Stadt Hannover ist Eigentümerin verschiedener Grundstücke, die sie zum Teil ganz, zum Teil aber auch nur einzelne Räume darin, zum Betriebe von Gastwirtschaften an Privatpersonen überlassen hatte. Im Jahre 1910 reichte die

1) a.a.O. S.686.

2) RGZ Bd.81 S.23 ff., Urteil v.26.11.1912 (7.Sen.).

Stadt beim preußischen Fiskus das Miet- und Pachtverzeichnis ein. Für die darin aufgeführten Pachtverträge zahlte sie die festgesetzte Stempelsteuer, klagte aber bald darauf einen großen Betrag wieder vom Fiskus mit der Begründung zurück, bei der Mehrzahl der im Verzeichnis aufgeführten Überlassungsverträge handle es sich um Miet- und nicht um Pachtverträge, so daß sich für diese Fälle die Steuer nach dem preußischen StempelsteuerG um 50 % ermäßige. Der beklagte Fiskus beantragte, die Klage abzuweisen, da sämtliche Überlassungsverträge als Pachtverträge anzusehen seien. Wie aus der Entscheidung hervorgeht, waren die einzelnen Räume bzw. Häuser sehr unterschiedlich eingerichtet. In einigen Fällen war ausreichendes Inventar, das den Betrieb einer Gastwirtschaft ohne weitere Anschaffungen seitens des Übernehmers ermöglichte, überlassen worden, in anderen nicht.

Nachdem das RG[1] die in der vorangegangenen Entscheidung[2] aufgestellten Grundsätze nahezu wörtlich wiederholt hat, wendet es sich den besonderen Problemen bei der Überlassung von Gastwirtschaften zu: Von den Erträgen her gesehen, müsse man bei Gastwirtschaften von einem gemischten Betriebscharakter sprechen, dessen Ertragsfähigkeit teils auf der Herstellung von Speisen und Getränken, teils auf der mehr "überwachenden Tätigkeit" des Wirtes beruhe. Von besonderer Bedeutung sei die bauliche Eigenart und die innere Einrichtung, von der die Besucherzahl und damit die Ertragshöhe abhänge. Erst das Vorhandensein solcher Räume setze den Wirt in die Lage, Speisen und Getränke umzusetzen und somit Einnahmen zu erzielen. Daß der Wirt für das Verweilen in den Räumen kein besonderes Entgelt fordere, sondern dieses in Form eines Aufschlages auf seine Speisen und Getränke erhebe, habe keine Bedeutung. Es entspreche keinesfalls dem Willen des Wirtes, den Gästen den Aufenthalt in den Räumen unentgeltlich zu gestatten. Auf die Einrichtung dieser Räume, die durch ihre Eigenart die Gäste anziehen und zum Verweilen einladen sollen, komme es entscheidend für die Beantwortung der Frage an, ob die Räume als unmittelbare Ertragsquelle, also als fruchttragende Sache anzusehen sei[3].

1) a.a.O. S.24.
2) Gruch. Bd. 57 S.684 f.
3) RGZ Bd.81 S.26.

Unklar bleibt bei diesen Ausführungen, warum das RG solches Gewicht auf die Feststellung legt, daß der Wirt es den Gästen nicht gestatten wolle, in den Räumen unentgeltlich zu verweilen. Das kann nur dahin verstanden werden, daß das RG die erzielten Erträge als Früchte im Sinne von § 99 Abs.3 ansieht.

Das RG (a.a.O.) fährt dann fort: Als unmittelbare Quelle der Erträge könnten die Räume nur dann angesehen werden, wenn sie mit der erforderlichen Betriebseinrichtung versehen seien. Die Nebenräume, wie z.B. Küche, Keller und sonstige Wirtschaftsräume dienten nicht als unmittelbare Einnahmequelle, sondern ermöglichen es im wesentlichen nur dem Wirt und seinem Personal, die Gäste zu verpflegen. Die Überlassung von nur unzureichend für den Gaststättenbetrieb eingerichteten Räumen könne daher nur als Miete dieser Räume angesehen werden. Allerdings - so räumt das RG ein - ließen sich Ausnahmen von diesem Grundsatz denken und zwar dann, wenn die unzureichend eingerichteten Räumen nicht Hauptgegenstand der Überlassung seien: z.B. dann, wenn der Wirtschaft noch ein Konzertgarten oder ein Vergnügungspark angegliedert sei und die in der Gastwirtschaft erzielten Erträge sehr gering im Vergleich zu den eingenommenen Eintrittsgeldern oder Platzgeldern seien.

Zweifelhaft erscheint, wie das RG hier überhaupt annehmen kann, daß nach seinen bisherigen Ausführungen aus den nur unzureichend eingerichteten Räumen überhaupt Einnahmen erzielt werden können. Diese Erträge könnten nach der Terminologie des RG niemals als solche der Räume angesehen werden, weil unzureichend eingerichtete Räume angeblich nicht pachtweise weiter überlassen werden können und auch keine Erträge abwerfen.

In solchen Fällen könne von einer Verpachtung des Gartens oder Tennisplatzes und der angegliederten Gastwirtschaftsräume, "also einer wirtschaftlichen Einheit" auch dann gesprochen werden, wenn der Übernehmer die zum Betrieb der Gastwirtschaft bestimmten, leer überlassenen Räume erst selbst mit der erforderlichen Einrichtung zu versehen habe[1].

1) RG a.a.O. S.27.

Nur müsse dann der als Hauptsache anzusehende Konzertgarten, Tennisplatz in einem Zustand sein, "daß er im wesentlichen für die Erzielung von Einnahmen aus dem entgeltlichen Überlassen an andere zum Gebrauch betriebsfertig ist"[1].

Während in der vorher wiedergegebenen Entscheidung an keiner Stelle auch nur andeutungsweise von der Pacht eines Unternehmens die Rede ist, was doch u.U. gar nicht ausgeschlossen wäre, lehnt in dieser Entscheidung das RG (a.a.O. S.27) am Rande die Annahme einer Unternehmenspacht ab, weil nicht das gewerbliche Unternehmen Gegenstand einer entgeltlichen Überlassung sei, sondern nur "Grundstücke und Räume zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens", also gewissermaßen die "körperlichen Unterlagen"[2] eines solchen Betriebes, tatsächlich Gegenstand des Vertrages seien. Daß gewerbliche Unternehmen überhaupt verpachtbar seien, ergebe sich u.a. auch aus § 22 Abs.2 HGB.

Mit der Frage der Unternehmenspacht bei Gaststätten hatte sich das RG in späteren Entscheidungen zu befassen[3].

Die Frage der Unternehmenspacht wird noch unter allgemeinen Gesichtspunkten in einem besonderen Kapitel behandelt werden. Um jedoch die Unternehmenspacht als dritte Form der Raumüberlassung (neben deren Miete und Pacht) herauszustellen, sollen an dieser Stelle einige Fälle der Unternehmenspacht bei Gastwirtschaften vorweggenommen werden.

Die Verpachtbarkeit von gewerblichen Unternehmen hatte bereits das Reichsoberhandelsgericht anerkannt[4]. Auch in der übrigen älteren Rechtsprechung war dies anerkannt[5].

Auch das RG kannte noch unter Geltung des gemeinen Rechts die Unter-

1) RG a.a.O.
2) RG a.a.O.
3) z.B. in RG in Warn.Rspr. 1923 Nr.160; RGZ Bd.138 S.203 ff.
4) ROHG Bd.21 S.167 f.
5) z.B. OLG Braunschweig in Seuff.A. Bd.56 S.307.

nehmenspacht an[1] und bejahte ihre Zulässigkeit auch nach Inkrafttreten des BGB[2]. Bei der Abgrenzung von Miete und Pacht spielt die Frage, ob Raum- bzw. Unternehmenspacht vorliegt, in der frühen Notgesetzgebung keine Rolle, weil die Raummiete zwar gesetzlich geschützt wurde, die Raumpacht - und damit die dieser gleichstehende Unternehmenspacht - dagegen nicht. Schwierigkeiten traten auf, als die Raumpacht geschützt wurde, die Unternehmenspacht dagegen nicht[3], so daß sich die Streitfragen entwickelten, gehören Räume notwendig zum Unternehmensbegriff und inwieweit fällt dann die Unternehmenspacht eventuell unter den Schutz des § 35 MSchG[4].

Dennoch ist es verwunderlich, daß das RG in Fällen, in denen im Betrieb befindliche Gastwirtschaften übernommen wurden, in späteren Entscheidungen[5] die Frage, ob nicht eventuell Unternehmenspacht vorlag, gar nicht berührte[6].

Zur Frage der Unternehmenspacht bei Gastwirtschaften nimmt das RG erst verhältnismäßig spät Stellung[7]:

> Der Kläger betrieb auf dem Theaterplatz in Hannover auf einem Grundstück der beklagten Stadt ein Café. Der Inhaber Kröpcke hatte das Grundstück im Jahre 1909 von der Stadt Hannover gemietet und darauf das Café Kröpcke eingerichtet. Nach seinem Tode betrieben seine Erben das Café weiter. Der Vertrag zwischen K bzw. dessen Erben endete am 30.9.1922.

---

1) RGZ Bd.40 S.24 ff. (Urteil vom 29.10.1897).
2) so etwa die Entscheidung vom 24.11.1902 in JW 1903 S.34 Nr.48 = Recht 1909 Nr.249, die in ihrer Wiedergabe zu knapp ist, um verwertet werden zu können.
3) Kiefersauer-Glaser-Brumby S.26, S.28 Anm.16 und S.29.
4) Hierzu bes. Tannert in Beiheft 2 zu DRZ.
5) z.B. in Seuff. A. Bd.69 S.131 f. (v.22.10.1913);
6) eine Entscheidung des 3.Sen.; in RGZ Bd.81 entschied der 7.Sen.
6) so z.B. RGZ Bd.91 S.310 ff.; Urteil des 3.Sen. v.11.12.1917.
7) Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160 Urt. des 3.Sen. v. 11.3.24.

Im August 1922 schloß die Beklagte mit den Erben Kröpckes einen neuen, bis zum 30.9.1932 laufenden Überlassungsvertrag, der als Pachtvertrag bezeichnet war und dessen Gegenstand das Grundstück der städtischen Wirtschaft Café K. war. Dem Pächter K. wurde zur Pflicht gemacht, das Café nach Plänen und unter Aufsicht der Stadt umzubauen, sowie das für den Wirtschaftsbetrieb (und den Charakter des Cafés) erforderliche Inventar, sowie die Beleuchtungskörper anzuschaffen. Im Februar 1923 teilte K der Stadt mit, er wolle ab 1.4.23 nur noch die gesetzliche Miete bezahlen. Auf den Widerspruch der Stadt hin klagte K auf Feststellung, daß er auf Grund des Reichsmietengesetzes vom 24.3.1922 entgegen dem vertraglich vereinbarten Entgelt nur noch verpflichtet sei, die gesetzliche Miete zu zahlen. Er berief sich darauf, daß nicht ein Pacht-, sondern vielmehr ein Mietvertrag zwischen ihm und der Stadt geschlossen sei. Er brauche daher keine 10 % des Rohumsatzes des Cafés zu bezahlen.

Als Lösung boten sich drei Möglichkeiten an: Es kann bloße Raummiete vorliegen oder Raum- oder Unternehmenspacht.

Das LG nahm einen Mietvertrag an, das OLG einen Pachtvertrag, das RG wiederum entschied sich für Miete.

Das OLG[1)] begründete seine Ansicht damit, daß der Betrieb des Cafés mit seiner Lage, seinem Garten etc., seinem Rufe und Kundenkreise, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich eine wirtschaftliche Einheit, ein wirtschaftliches Lebewesen bilde, das an den Grund und Boden dergestalt gebunden sei, daß selbst ein Wechsel in der Person des Inhabers die wirtschaftliche Einheit nicht zu stören vermöge. Mit anderen Worten, das OLG nahm an, Gegenstand des Vertrages sei ein Unternehmen, von dessen Verpachtbarkeit es stillschweigend ausging. Den Begriff des Unternehmens umreißt es als wirtschaftliche Einheit, wirtschaftliches Lebewesen. Nach Ansicht des OLG war es daher auch unbedeutend, daß wesentliche Inventarstücke fehlten bzw. der Übernehmer K verpflichtet war, diese noch auf seine Rechnung anzuschaffen.

1) a.a.O. S.192.

Das RG[1] hob dieses Urteil auf, nachdem es vorher die Verpachtbarkeit von Unternehmen wiederum ausdrücklich bejaht hatte. Bei seiner Entscheidung ging das RG[2] davon aus, daß Inhalt des zwischen K und der Stadt geschlossenen Vertrages die Überlassung von Grundstück und Gebäude zum Betriebe eines Cafés waren. Das Geschäftsunternehmen Café Kröpcke hatte nach Ansicht des RG die Stadt weder geschaffen, noch jemals betrieben oder besessen. Daraus folgerte das Gericht, die Stadt selbst könne demzufolge das geschäftliche Unternehmen weder verkaufen noch testamentarisch darüber verfügen, wie es K getan habe. Deshalb habe die Stadt auch nicht das Unternehmen verpachten können.

Das RG wendet sich dann der Frage zu, ob nicht u.U. Raumpacht vorliege. Es verneint die Frage mit folgender Begründung: Zwar seien mit dem Grundstück glänzende Erwerbsaussichten verbunden. Diese auszunutzen sei der Kläger sogar vertraglich verpflichtet; aber das genüge noch nicht, um nach der ständigen Rechtsprechung des RG in der Überlassung des Grundstücks mit Gebäuden Pacht zu sehen[3]. Pacht könne nur dann vorliegen, wenn das Grundstück oder die Gebäude bei ihrer Übergabe so beschaffen waren, daß sie unmittelbar den Genuß der Früchte ermöglichten. Zwar sollte der Kläger nach dem Vertrage das bisher betriebene Café weiterführen, aber damit die Räume den Erben Kröpckes als unmittelbare Erwerbsquelle dienen konnten, habe dieser die Räume mit einer modernen Einrichtung versehen müssen. Was die Beklagte dem Kläger überlassen habe, sei ein leeres Gebäude gewesen. Ohne die erheblichen Aufwendungen des Klägers sei das Grundstück nicht geeignet gewesen, "den Genuß von bürgerlichen Früchten zu gewähren (BGB § 99 Abs.3)". Aus diesem Grunde sei der Vertrag als Mietvertrag anzusehen.

In einer späteren Entscheidung[4] wirft das RG dann die Frage auf, ob man beim Überlassen von Gastwirtschaften überhaupt von Unternehmenspacht reden könnte.

---

1) a.a.O. S.193.
2) a.a.O.
3) RGZ Bd.81 S.23 ff.; Bd.91 S.310.
4) RGZ Bd.138 S.203 ff. (Urt.des 8.Sen. vom 28.11.32).

Durch Vertrag vom 10.3.1930 hatte der Kläger von der Beklagten die ihr gehörige und seit langen Jahren als "Kaffeehaus Pr." bezeichnete Gastwirtschaft gepachtet. Die Klägerin hat die Gastwirtschaft an die Eheleute M. unterverpachtet, wozu sie auf Grund des Vertrages berechtigt war. Der Betrieb wurde unter seiner bisherigen Bezeichnung weitergeführt. Die Klägerin kündigte den Pachtvertrag schriftlich zum 31.12.1932 auf Grund der 4.NotV vom 8.12.1931 (RGBl. I S.699; 708). Die Beklagte erkannte die Kündigung nicht als wirksam an. Die Klägerin klagt auf Feststellung, daß der Pachtvertrag ab 1.4.33 nicht mehr bestehe. Das LG wies ab, das OLG gab statt, die Revision blieb erfolglos.

§ 3 im III. Kapitel des II. Teiles der NotV vom 8.12.1931 bestimmte, daß auf Pachtverträge über gewerbliche Räume, die vor dem 15.7.31 geschlossen waren, die Vorschriften über die durch die Notverordnungen eingeführte außerordentliche Kündigung von Mietverträgen entsprechend anzuwenden seien; desgleichen die Vorschriften über die Mietkündigung vom 23.12.31 (RGBl. I S.796 Art.8 und 9).

§ 1 der NotV bestimmte, daß Mietverträge über Gebäude und Gebäudeteile zum 31.5.32 auch dann gekündigt werden durften, wenn eine solche Kündigung bis dahin durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen sein sollte. Art.9 Abs.2 der DurchführungsVO vom 23.12.31 zu dieser VO bestimmte weiter, daß bei der Verpachtung eines wirtschaftlichen Unternehmens, bei der dem Pächter auch der Gebrauch von Gebäuden oder Gebäudeteilen gestattet sei, ein der außerordentlichen Kündigung unterliegender Pachtvertrag im Sinne des § 3 der NotVO nicht vorliege, wenn die Überlassung des Unternehmens als die Hauptleistung des Verpächters anzusehen sei. Dieses wiederum war gemäß Art.9 Abs.2 im Zweifel dann anzunehmen, wenn der Übernehmer die Firma des Verpächters fortführen durfte.

Das Berufungsgericht hatte im vorliegenden Falle festgestellt, in der Verpachtung einer Gastwirtschaft könne man im allgemeinen nicht die Überlassung des Unternehmens als Hauptsache ansehen. Als solche könne man das Unternehmen nur dann bezeichnen, wenn es so beschaffen sei, daß

es auch unabhängig von dem mitüberlassenen Räumen betrieben werden könnte, was z.B. bei einem Fabrikunternehmen, das Markenartikel herstelle, der Fall sei.

Auch bei Gaststätten sei dieser Fall denkbar; z.B. bei bekannten Vergnügungsstätten. Im allgemeinen überwiege jedoch die Bedeutung der Räume. Der Ruf einer Gastwirtschaft hängt nicht nur von der Wirtschaftsführung, sondern ebensosehr von ihrer verkehrsgünstigen Lage und der Einrichtung der Räume ab.

Im zu beurteilenden Falle seien ausschlaggebend die Lage und die Einrichtung der Räume. Ohne sie sei die Führung des Unternehmens "Kaffeehaus Pr." undenkbar. Demgegenüber sei es unerheblich, daß das vereinbarte Entgelt für die Räume allein zu hoch sei. Ausgleich hierfür sei die Möglichkeit, sie zu nutzen. Das RG[1] bestätigt die Auffassung uneingeschränkt und unterstreicht, daß Hauptgegenstand des Vertrages die Räume seien, nicht aber das gewerbliche Unternehmen.

Aus den ausgewählten und wiedergegebenen vier Entscheidungen lassen sich folgende allgemeine Grundsätze für die Raumüberlassung herleiten: Denkbar sind, wie diese Fälle gezeigt haben, drei verschiedene rechtliche Formen der Raumüberlassung, Raummiete, Raumpacht und Unternehmenspacht. Die beiden letzten sind gleichermaßen als Pachtverträge im Sinne der §§ 581 ff. anzusehen.

1. Raummiete. Werden leere Räume überlassen, mag dies auch zu dem Zwecke geschehen, darin einen bestimmten wirtschaftlichen Betrieb oder ein Gewerbe auszuüben, so handelt es sich um Raummiete. Sie liegt auch dann vor, wenn zwar Räume mit der erforderlichen baulichen Beschaffenheit, aber nur mit unzulänglicher Einrichtung überlassen werden, da die Räume dann nicht als unmittelbare Quelle der Erträge anzusehen sind und diese somit nicht Früchte im Sinne der §§ 581 und 99 sind.

2. Raumpacht. Raumpacht liegt vor, wenn Räume überlassen werden, die für einen vertraglich bestimmten, konkreten Geschäftstypus geeignet sind, d.h. die vom Verfügungs-

1) RGZ Bd.138 S.205.

berechtigten mit einer dafür typischen Einrichtung versehen sind, so daß diese Räume als unmittelbare Quelle der Erträge anzusehen sind, denen gegenüber die Arbeit des Übernehmers in den Hintergrund tritt. Ob das Gewerbe bereits betrieben wurde oder erst vom Übernehmer aufgebaut werden soll, ist gleichgültig.

3. Unternehmenspacht. Sie ist dann anzunehmen, wenn eine organisierte Wirtschaftseinheit an den Pächter überlassen wird, also nicht nur ein eingerichteter, betriebsfertiger Raum, sondern außerdem noch weitere Geschäftswerte, z.B. ein im Betrieb befindlicher Gewerbebetrieb zum Weiterbetreiben (ein "wirtschaftliches Lebewesen"). Ein Unternehmen ist aber auch unabhängig von den Räumen betreibbar - s.o. S.30.

c) Die Theaterüberlassung

Ehe die vom RG zur Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Raumüberlassung aufgestellten Grundsätze einer kritischen Würdigung unterzogen werden, soll über die Rechtsprechung des RG zu diesem Problem ein möglichst vollständiger Überblick gegeben werden. Insbesondere sollen noch andere Fallgruppen, wie Theaterüberlassungen, Pacht von Läden, Fabriken etc. untersucht werden. Um jedoch Wiederholungen zu vermeiden, und um die Darstellung übersichtlicher zu gestalten, sollen aus diesen Fallgruppen Entscheidungen nur insoweit dargestellt werden, als sie Unterschiede zu den bereits wiedergegebenen allgemeinen Grundsätzen aufweisen, bzw. sich zu anderen Entscheidungen in Widerspruch stellen. Auf diese Abweichungen bzw. Widersprüche soll jeweils nach den einzelnen Entscheidungen kurz hingewiesen werden.

In der Fallgruppe der Theaterüberlassung sind drei Entscheidungen besonders bemerkenswert, weil ihnen sehr ähnliche Sachverhalte zugrunde liegen, das RG sie jedoch sehr unterschiedlich beurteilte.

Dem ältesten Fall aus dem Jahre 1913[1)] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Kläger überließen einer Aktiengesellschaft das ihnen gehörige Theater nebst der gesamten Einrichtung zum Betrieb eines Theaterunternehmens. Durch die

1) RG in Warn.Rspr. 1914 S.108 Nr.78 (Urt.des 7.Sen. v. 24.10.1913).

Steuerbehörden würde dieser Vertrag als Pachtvertrag angesehen und als solcher für voll steuerpflichtig im Sinne der Tarifstelle 48 des preußischen StempelsteuerG angesehen. Die Kläger dagegen wollten den Vertrag als Miete behandelt wissen und forderten 50 % des Steuerbetrages zurück.

Die Kläger begründeten das Vorliegen eines Mietverhältnisses damit, daß nicht "ein bereits im Betriebe befindliches Theaterunternehmen zum Weiterbetrieb", sondern nur das Theatergebäude mit seinem beweglichen Zubehör Gegenstand des Überlassungsvertrages sei. Demgegenüber betont das RG[1] ausdrücklich, daß Pacht rechtlich auch dann möglich sei, wenn der Übernehmer den wirtschaftlichen Organismus des Unternehmens, das er in den überlassenen Räumen betreiben will, erst durch eigene Tätigkeit und durch eigene Mittel aufbauen muß. Auch komme es nicht darauf an, ob ein ähnliches oder gleiches Unternehmen in den Räumen schon vorher betrieben wurde. In dem zu behandelnden Falle sei der Fundus (der mitüberlassene bewegliche Beilaß) ausreichend, um ein Theaterunternehmen wie bisher zu betreiben.

Aus den Ausführungen des RG ergibt sich, daß ein bereits betriebenes Theater überlassen werden sollte. Diese Annahme wird dadurch erhärtet, daß das RG[2] hinzufügt, daß der Übernehmer den bestehenden Spielplan erweitern wolle. Nachdem das RG noch einmal festgestellt hat, daß es auf das Wertverhältnis der vorhandenen und noch anzuschaffenden Gegenstände nicht ankomme, fährt es fort: Selbst wenn der Wert der vom Übernehmer noch anzuschaffenden Gegenstände übermäßig hoch sei, so sei das doch für die Frage der Besteuerung unerheblich, da die Steuer sich nach dem Wert der überlassenen Gegenstände richte.

Daß das RG dieses Wertverhältnis auch für die Abgrenzung von Miete und Pacht für unbeachtlich hält, geht aus seinen Ausführungen an dieser Stelle nur indirekt hervor. Denn in keinem der als Beleg dieser Ausführungen herangezogenen früheren RG-Urteile[3] führt der in jenen Fällen erkennende 7. Sen. aus, daß es darauf ankomme; vielmehr wird dauernd die Unbeachtlichkeit des Wertverhältnisses für die Abgrenzung von Miete und Pacht

1) a.a.O. S.109.
2) a.a.O.
3) RGZ Bd.81 S.23 ff.; RG in Gruch. Bd. 57 S.681 ff.

betont.[1]. Auffallend ist weiter, daß das RG[2] die Frage, ob es sich nicht u.U. um Unternehmenspacht handelt, gar nicht erörtert, sondern Raumpacht annimmt, obwohl es den Einwand des Klägers, es liege Miete der Räume mit Inventar vor, abweist und feststellt, Unternahmen seien verpachtbar und weiter andeutet, es handele sich um den Weiterbetrieb eines bereits betriebenen Theaters.

Befremdend wirkt auch, daß das RG den Einwand des Klägers, die Vertragspartner hätten einen Mietvertrag über Räume mit Inventar geschlossen, ohne Begründung verwirft. Damit setzt sich das RG über die Vertragsfreiheit der Parteien hinweg, läßt den Willen und die Vorstellungen der Vertragspartner völlig außer Betracht. Noch interessanter ist eine Entscheidung aus dem Jahre 1923[3]. Anlaß des Rechtsstreites war wiederum die Tarifstelle 48 des preußischen StempelsteuerG.

> In jenem Falle war der Klägerin ein Theatergebäude überlassen worden, das mit Stühlen für den Zuschauerraum, Garderoben, Büffets im Erd- und Obergeschoß ausgerüstet war. Es fehlte dagegen die gesamte Bühneneinrichtung, der Vorhang, die Kulissen, die Beleuchtungsanlage, überhaupt fehlte alles, was im Inventarverzeichnis des Überlassungsvertrages aufgeführt war.

Der Kläger weist darauf hin, in diesem Zustand habe in dem Theater nicht gespielt werden können. Daher nimmt das RG in diesem Falle auch das Vorliegen eines Mietvertrages an. Wie aus den Ausführungen des RG hervorgeht, handelte es sich um die Neueröffnung eines Theaters. Das RG weist darauf hin, daß beim Theater nicht nur die dem Publikum zugänglichen Räume (Zuschauerraum, Gänge, Vorräume, Büffets) als Haupträume anzusehen seien, sondern in noch höherem Maße die Bühne. Denn nur wegen der sich auf der Bühne abspielenden Dinge werde das Theater überhaupt vom Publikum aufgesucht. Wenn es daher gerade bei der Bühne an jeder für den Betrieb erforderlichen

1) in Gruch. Bd. 57 S.686.
2) Warn.Rspr. 1914 S.109.
3) Abgedruckt in Warn.Rspr. 1914 S.108 Nr.78. (Urt. des 7.Sen. v. 24.10.1913).

Einrichtung fehle, so sei deshalb das Theater in wesentlichen Punkten noch nicht betriebsfertig. Daher könne es auch keine Erträge abwerfen. Auch von einer bloßen Ergänzung oder einer Vervollständigung der zum Betrieb erforderlichen Einrichtung könne nicht die Rede sein, vielmehr handele es sich für den Übernehmer "um eine völlige, allgemeine Neubeschaffung gerade der für den Betrieb wesentlichen Gegenstände". Ausdrücklich weist das RG abschließend auf die vorstehende Entscheidung[1] hin und betont, es handele sich dort um einen ähnlichen Fall, in dem jedoch außer dem Gebäude ein "derart beweglicher Beilaß" überlassen sei, daß mit Recht ein Pachtvertrag angenommen worden sei.

Im Gegensatz zu der Überlassung von Gastwirtschaften soll bei der Theaterüberlassung auch die Einrichtung der inneren Betriebsräume entscheidend sein.

Weiter ist bemerkenswert, daß das RG bei der Theaterüberlassung im Grunde eine wertmäßige Abwägung der vorhandenen und noch anzuschaffenden Gegenstände vornimmt, wenn es den Umfang der noch anzuschaffenden Gegenstände der allgemeinen Neubeschaffung gegenüberstellt.

Theaterpacht wiederum nahm der 3. Sen. des RG in folgendem Fall an: Es handelt sich um eine Räumungsklage.[2]

> Auf Grund eines Überlassungsvertrages überließ eine Aktiengesellschaft der Beklagten ihr Theater mit allen beweglichen und unbeweglichen Zubehörgegenständen, zu denen hier allerdings kein Fundus gehörte. Die Klägerin verlangte die Räumung. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, es fehle die Zustimmung des Mieteinigungsamtes zu der Kündigung; denn es handele sich um die Miete der Räume. Das Berufungsgericht gab der Klage statt, das Revisionsgericht ebenfalls.

Die Annahme eines Pachtverhältnisses wurde folgendermaßen gerechtfertigt: Es sei unstreitig, daß das dem Beklagten überlassene Theater in

1) Oben S.33 Warn.Rspr. 1914 Nr.78.
2) in Bay.ZR 1923 S.210 Nr.II (Urt.des 3.Sen.v. 37.23).

seiner "baulichen Eigenart" allen an ein neuzeitliches Theater zu stellenden Anforderungen genüge. Das gelte auch hinsichtlich des Zuschauerraumes und der Nebenräume. Streitig sei nur, ob auch der Bühnenraum so eingerichtet war, daß er "die Aufnahme des Betriebes unmittelbar gestatte". Laut dem vertraglichen Inventarverzeichnis sollten dem Beklagten Vorhänge, Drehbühne und maschinelle Einrichtungen vom Kläger übergeben werden, während ein sogenannter Fundus, Kulissen, Dekorationen und Kostüme vom Beklagten zu beschaffen waren. Der Beklagte hatte gegen die Annahme eines Pachtvertrages auch noch eingewendet, die vom Kläger gelieferten Einrichtungsgegenstände seien zum Teil stark beschädigt und vernachlässigt gewesen. Das Berufungsgericht hatte es abgelehnt, hierüber Beweis zu erheben. Das RG stimmte ihm zu; denn über den rechtlichen Charakter eines Vertrages könne nur dessen Inhalt, nicht aber die Art seiner tatsächlichen Erfüllung entscheiden.

Vorher hatte das RG in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung festgestellt, daß Pacht dann anzunehmen sei, "wenn die Räume durch ihre bauliche Eigenart, ihre innere Einrichtung und Ausstattung im wesentlichen dazu geeignet sind, die Gewinnung bürgerlicher Früchte aus ihnen und dem Gewerbebetrieb zu ermöglichen und so als die unmittelbare Quelle von Erträgen zu dienen".

Nun aber fährt das RG fort: "Genügen die Gegenstände, die dem Beklagten überlassen werden sollten - nicht sind -, nach Menge und Art zur Einrichtung der Bühne, ermöglichten sie ihre Benutzung, so liegt ein Pachtvertrag vor, auch wenn ihre Gegenstände nicht oder nur mangelhaft geliefert worden sind."

Diese Argumentationsweise ist in sich widersprüchlich und steht in krassem Widerspruch zu den bisher erläuterten Entscheidungen. Dort wurde immer auf die tatsächliche Erfüllung abgestellt, d.h. war im konkreten Falle ausreichend Inventar vorhanden, dann sollte Pacht vorliegen. Demgegenüber stellte das RG in dieser Entscheidung allein auf den Inhalt des Vertrages ab und spricht der tatsächlichen Erfüllung jede Bedeutung ab. Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung bedeutet das eine Verlagerung des Schwerpunktes bei der Abgrenzung von Miete und Pacht. Bisher hatte das RG - z.B. in dem grundlegenden Urteil vom 26.11.1912[1] - den

1) RGZ Bd.81 S.23 ff.

Inhalt des Vertrages und damit den Willen der Vertragspartner überhaupt nicht berücksichtigt, während es jetzt diesen Kriterien eine zentrale Stellung einräumt.

Besonders kraß ist der Widerspruch dieser Entscheidung zu dem Urteil des 7. Sen. vom 24.10.1913[1]; denn in jenem Falle hätte der lt. Vertrag zu übergebende Fundus den Theaterbetrieb ermöglicht. Der 7. Sen. aber stellte auf die tatsächliche Erfüllung ab und nahm daher das Vorliegen eines Mietverhältnisses an. Dieser Entscheidung steht nunmehr jene des 3. Sen. - oben S.39 gegenüber, nach der auch in jenem Falle Pacht anzunehmen gewesen wäre, wenn die Gegenstände, die lt. Vertrag überlassen werden sollten, genügten, den Theaterbetrieb zu gestatten. Daher wäre Pacht auch dann anzunehmen gewesen, "wenn diese Gegenstände nicht oder nur mangelhaft geliefert" worden wären.

Bemerkenswert ist auch die Tatsache, daß das RG in diesem Urteil auch den in den Räumen auszuübenden Gewerbebetrieb neben den Räumen uneingeschränkt als "unmittelbare Quelle von Erträgen" nennt. Bisher[2] hatte das RG immer die Räume allein als die unmittelbare Quelle von Erträgen angesprochen, der gegenüber die bei jedem Gewerbe erforderliche menschliche Tätigkeit zurücktrete. Für Gastwirtschaften hatte das RG[3] sogar die Räume und ihre Einrichtung als allein ausschlaggebend angesehen.

Aber auch aus den weiteren Ausführungen zu diesem Falle ergeben sich Zweifel. Der 3. Sen.[4] begründet nämlich die Annahme eines Pachtverhältnisses weiter damit, daß lt. vertraglichem Inventarverzeichnis die zu übergebenden Gegenstände den Theaterbetrieb ermöglichten, so daß auf Grund der bisherigen Ausführungen die Annahme eines Pachtverhältnisses gerechtfertigt sei. Das Fehlen des Fundus ist nach Meinung des RG zu der ganzen künstlerischen und technischen Ausstattung nur ein geringer Teil der Einrichtung, so daß seine Anschaffung "nur eine Ergänzung und Vervollständigung der Einrichtung des im übrigen betriebsfertigen Theaters" sei. Ob sich die vom Übernehmer noch zu beschaffenden Ein-

1) in Warn.Rspr. 1914 S.108 Nr.78, oben S. 33 f.
2) siehe die bisher angeführten Urteile.
3) RGZ Bd. 138 S.203 ff.; Bd.81 S.23 ff.
4) a.a.O. S.211.

richtungsgegenstände nur als bloße Ergänzung darstellten oder ob diese Grenze überschritten wird, habe der Tatrichter festzustellen. Dabei könne das Berufungsgericht besonderes Gewicht auf die Tatsache legen, daß es sich um ein neuzeitliches Theater handele und daß bei dem Charakter der dort gespielten Stücke ein Fundus ohne große Bedeutung sei. Wenn nur sogenannte Serienstücke gespielt würden, zu denen jeweils eine neue Ausstattung beschafft werde, so daß sie nur vorübergehend verwertbar sei, dann bestehe zwischen ihnen und der räumlichen Einrichtung keine ausreichend enge Verbindung, um sie als Teil der Einrichtung zu bezeichnen. Vielmehr sei diese Anschaffung nur als ein Teil der Tätigkeit des Unternehmers zu betrachten, die jeder, der ein bebautes Grundstück übernehme, um Erträge daraus zu erzielen, aufwenden müsse. Wenn daher Kulissen, Dekorationen, Kostüme nach "der Geschaffenheit des Theaters und der Art seines Betriebes" nicht als Teil der Einrichtung der Räume, sondern als "ein ihnen gegenüber selbständiges Arbeitszeug des Unternehmers" anzusehen sei, so könne ihr Fehler auch nicht die Natur des Überlassungsvertrages beeinträchtigen. Das Urteil schließt mit dem Hinweis, daß es mit den beiden Entscheidungen vom 24.10.1913[1)] und vom 10.11.1914[2)] - wobei es sich allerdings um Entscheidungen des 7.Sen. handelt, während hier der 3. entscheidet - nicht in Widerspruch stehe, weil - wie es lapidar heißt - "die damals entschiedenen Fälle ganz anders liegen" -.

Ohne einer abschließenden Gesamtkritik vorzugreifen, sei hier folgendes bemerkt: Entgegen der Meinung des RG weisen die drei Fälle große Ähnlichkeit auf. Nicht im Bereich des Tatsächlichen liegt der vom RG behauptete Unterschied zu den beiden anderen Entscheidungen, sondern im grundsätzlichen rechtlichen Ausgangspunkt des Gerichtes für die Entscheidung des Falles und damit der Abgrenzung beider Rechtsinstitute. Es fällt auf, daß das RG bei der Entscheidung des Falles dann doch wieder in den Bereich des Tatsächlichen zurückkehrt und bei seiner Entscheidung den Vertragsinhalt entgegen seinen vorangegangenen Ausführungen gänzlich außer Betracht läßt. Damit ist die Entscheidung auch in sich widersprüchlich.

---

1) Warn.Rspr. 1914 S.108 Nr.78, oben S.31 f.
2) Warn.Rspr. 1914/15 S.60 Nr.47, oben S.33.

Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob ein im Betrieb befindliches Theater zum Weiterbetrieb überlassen werden sollte oder ein neu zu eröffnendes.

In keiner der hier dargestellten Entscheidungen prüft das RG, ob das Haus ein festes Ensemble hatte oder ob ein solches erst vom Übernehmer aufzustellen war. Auch den Ruf eines Theaters, der vom Ensemble mehr abhängt als von den Räumlichkeiten und ihrer Einrichtung, wäre u.U. für die zu erzielenden Erträge wesentlicher gewesen als die Räumlichkeiten. Fraglich erscheint daher auch, ob die Räume überhaupt als Quelle der Erträge anzusehen sind.

Im Gegensatz zu den vorangestellten Entscheidungen will das Gericht hier auch abwägen zwischen dem Wert der vorhandenen und noch anzuschaffenden Einrichtungsgegenstände und danach bestimmen, ob die Grenze zwischen bloßer Vervollständigung oder Schaffung der erforderlichen Einrichtung überschritten ist. Eine solche Abwägung hatte der 7. Sen. in den bisher angeführten Entscheidungen stets abgelehnt.[1)]

d) Die Überlassung von Läden und ähnlichen Räumen

Auch hier soll sich die Darstellung auf solche Fälle beschränken, die Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen für die Abgrenzung von Miete und Pacht enthalten oder die sonst neue Gesichtspunkte bringen.

---

1) So z.B. in Gruch.Bd.57 S.682 ff. und in Warn.Rspr. 1914 S.109; s. auch die Ausführungen oben S.23 ff. Jedoch in der späteren Entscheidung zum Fall Kröpcke (Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160, oben S.31) stellte auch das RG auf eine wertmäßige Abwägung zwischen den vorhandenen und vom Übernehmer noch anzuschaffenden Einrichtungsgegenständen ab. Das ergibt sich deutlich aus den Worten des RG: "Ohne die erheblichen Aufwendungen des Klägers war das Grundstück nicht geeignet, den Genuß von körperlichen Früchten (BGB § 99 Abs.3) zu gewähren." Darin deutet sich bereits ein Abweichen des RG von seinen früheren Grundsätzen bzw. ein Widerspruch zu seinen eigenen Grundsätzen an.

Zur Frage der besonderen baulichen Ausgestaltung und Einrichtung für das vom Übernehmer beabsichtigte Unternehmen äußert sich das KG in einem Urteil vom 10.2.1930[1]:

> Gegenstand eines Überlassungsvertrages waren leere Räume, die sich auf Grund ihrer baulichen Einrichtung zum Betriebe eines beliebigen Ladens eigneten. Der Übernehmer wollte einen Zigarrenladen in ihnen betreiben. Warum es zum Rechtsstreit kam, ist aus der Entscheidung nicht zu entnehmen.

Das KG lehnt die Annahme eines Pachtvertrages unter Hinweis auf die bereits dargestellten allgemeinen Grundsätze über die Abgrenzung von Miete und Pacht in der Rechtsprechung des RG ab. Darüber hinaus aber fordert das KG: Durch die bauliche Eigenart müßten die Räume zu einem bestimmten Gewerbe qualifiziert und damit zum Fruchtgewinn geeignet sein. Wenn aber, wie im zu entscheidenden Falle, in den Räumen jedes beliebige Handelsgeschäft betrieben werden könne, ohne daß dazu eine Veränderung in den Räumen notwendig sei, dann sei die Tätigkeit des Händlers als die Quelle der erzielten Erträge anzusehen, nicht aber die Räume, deren Vorhandensein in diesem Falle weniger wichtig sei.

Diesem Argument läßt sich entgegenhalten, daß der Übernehmer ohne die Räume gar nicht in der Lage wäre, sein beabsichtigtes Geschäft zu betreiben, so daß die Räume von ausschlaggebender Bedeutung für das Erzielen von Erträgen sind.

Ganz ähnlich entschied das RG in einem Urteil vom 15.2.1927[2]:

> Überlassen war eine Bäckerei, die mit einer Bäckereiwerkstelle, einem Backofen, einem Laden und einem Lagerraum ausgestattet war. Das RG nahm ein Mietverhältnis an.

Das Vorliegen eines Pachtvertrages verneinte es, weil für eine solche Annahme nicht ausreiche, daß ein zwar baulich für einen bestimmten Gewerbebetrieb eingerichteter, im übrigen aber leerer Raum zum Be-

1) in JW 1930 S.3241 Nr.1.
2) HRR 1927 S.454 Nr.797 (Urteil des 3.Sen.).

treiben dieses Gewerbes überlassen werde. Ohne die erforderliche innere Einrichtung seien die Räume nicht geeignet, unmittelbare Früchte zu gewähren. Dazu sei eben eine "wenn auch nicht vollständige, so doch in ihren wesentlichen Teilen vorhandene innere Ausstattung und Einrichtung" erforderlich. Die Räume müßten sich in einem betriebsfertigen Zustand befinden.

Auffallend an diesen beiden Entscheidungen ist die besondere Betonung der baulichen Beschaffenheit, die in den vorher besprochenen Entscheidungen nicht so sehr herausgestellt wurde.

Weiter mutet aber das Ergebnis der zuletzt angeführten Entscheidung seltsam an. Es fragt sich, ob hier nicht der Grenzpunkt verlassen ist, an dem es sich nach den vom RG aufgestellten Grundsätzen nur noch um eine Vervollständigung bzw. Ergänzung einer vorhandenen Einrichtung handelt. Es war zu erwarten, daß das RG sich für Pacht entschied. Das Bejahen eines Mietverhältnisses deutet aber darauf hin, daß der Grenzpunkt zwischen bloßer Ergänzung und Neueinrichtung nicht genau fixierbar ist, sondern anscheinend im Einzelfall willkürlich verschiebbar ist.

Diese Annahme wird durch folgende Entscheidung bestätigt[1]:

> Gegenstand eines Überlassungsvertrages war wiederum eine Bäckerei. In ihr war ein Backofen vorhanden. Außerdem war der Backstube ein Laden angegliedert, der aber wie im übrigen auch die Backstube kein weiteres Inventar enthielt.

Das OLG weist zunächst auf die vom RG für die Abgrenzung von Miete und Pacht aufgestellten allgemeinen Grundsätze hin[2] und fügt hinzu, bauliche Eignung und innere Einrichtung müßten zusammentreffen, um die Annahme eines Pachtverhältnisses zu rechtfertigen. Das Vorhandensein eines dieser beiden genüge nicht. Bei einer Bäckerei rechnet das OLG den Backofen zur baulichen Ausgestaltung der Bäckerei. Er bildet zwar "eine wesentliche Voraussetzung für die Aufnahme eines Bäckereibetriebes", doch

1) OLG Breslau in JW 27 S.1947 Nr.10 (v.31.8.26).
2) Insbes. auf RGZ Bd.81 S.23 ff.

seien noch weitere wesentliche Inventarstücke anzuschaffen, um die Bäckerei zu betreiben; Gefäße, Vorrichtungen zum Abwiegen von Teilen des Teiges, Platten Schüsseln, in denen der Teig in den Ofen geschoben wird und Bedienungsgeräte zum Ofen. Zwar brauche im Hinblick auf die überragende Bedeutung der baulichen Einrichtung einer Backstube das mitüberlassene Inventar "nicht bis auf den letzten Pinsel"[1] vollzählig zu sein, jedoch genüge eben auch bei Bäckereien die bloße Überlassung eines baulich hergerichteten Raumes ohne jedes Inventar nicht, um die Annahme eines Pachtverhältnisses zu rechtfertigen.

An diesen Entscheidungen zeigt sich die Tendenz, den Pachtbegriff einzuengen, um möglichst viele Raumüberlassungen dem Mieterschutz zu unterstellen, denn in diesen Fällen handelte es sich stets um Räumungsklagen.

Die Entwicklung der Rechtsprechung scheint immer mehr dahin zu gehen, den Punkt, an dem die bloße Ergänzung der Einrichtung zu deren Neuanschaffung wird, weiter nach unten zu verschieben, so daß immer mehr Inventar vorhanden sein muß, ehe in der Rechtsprechung ein Pachtverhältnis angenommen wird.

In den Fällen der Theaterüberlassung, wo es um die Zahlung bzw. Rückforderung der Stempelsteuer ging, bejahte das RG[2] das Vorliegen eines Pachtverhältnisses auch dann, wenn der gesamte Fundus fehlte. Dort wurde Pacht angenommen, weil die Bühne als der zum Erzielen von Erträgen wesentliche Faktor angesehen wurde. Gegenüber den Fällen der Gaststättenüberlassung[3] hatte bereits eine Verlagerung von außen nach innen stattgefunden: Nicht mehr die Einrichtung der dem Publikum zugänglichen Räume war entscheidend, sondern der Kern, der den Betrieb ermöglichen sollte; das sind die Räume, in denen der Übernehmer unternehmerisch tätig wird. Waren die Gegenstände, die es dem Übernehmer ermöglichten, seine Tätigkeit auszuüben, vorhanden, dann spielte es für die Charakterisierung des Überlassungsvertrages als Pacht keine Rolle mehr, wenn andere Einrichtungsgegenstände fehlten. Sie wurden als Teil der von jedem

1) Das OLG Breslau a.a.O.
2) RG in Bay.ZR 1923 S.210 Nr.II, oben S.35 ff.
3) RG in Gruch. Bd.57 S.607 ff.

Übernehmer (Unternehmer) erforderlichen Aufwendungen betrachtet, wenn er aus einem bebauten städtischen Grundstück Erträge erzielen will.

In dem Bäckereifall genügt nun für die Annahme eines Pachtvertrages nicht mehr, daß dieser Kern vorhanden ist, sondern es wird darüber hinaus gefordert, daß auch das zweitrangige Inventar vorhanden ist. Das zeigt eine von Stern[1] erwähnte, aber sonst nicht veröffentlichte Entscheidung des RG vom 23.6.1923 (3.Sen.), die zeitlich kurz vor der des OLG Breslau erging - oben S.40 und Anm. 1 daselbst-. Überlassen war eine Backstube mit Ofen, Teigknetmaschine mit vollständigem Antrieb, Laden mit Tresen und zwei Regalen. Dennoch lehnte es das RG ab, diesen Vertrag als Pacht zu bezeichnen, weil in Backstube und Laden Einrichtungsgegenstände fehlten, die "wenn auch nicht die wertvollsten, so doch so wesentlich waren, daß ohne sie oder eine beträchtliche Anzahl von ihnen der Bäckereibetrieb selbst in bescheidenen Formen nicht aufgenommen werden konnte"[2].

Dem könnte man entgegenhalten, daß bei einer Gastwirtschaft ohne Gläser und Geschirr auch kein Betrieb möglich ist. Denn die Gäste kommen wegen der gereichten Speisen und Getränke in die Räume, nicht aber um gegen Entgelt darin zu verweilen. Auch das Theater ist ohne Fundus nicht in Betrieb zu nehmen, denn für das Spiel und seine Verständlichkeit für das Publikum ist eine Dekoration erforderlich.

---

1) In einer Anmerkung zum Urteil des OLG Breslau in JW 1927 S.1947 Nr.10.
Aus der Anmerkung Sterns geht hervor, daß er die Auffassung der Rechtsprechung, die Entscheidung, ob Miete oder Pacht vorliegt, davon abhängig zu machen, ob das Inventar im wesentlichen vorhanden ist, mißbilligt. "Weiter nach unten" könne man nicht mehr gehen mit der Annahme von Pachtverhältnissen. Stern weist auch noch darauf hin, daß bei Bäckereien der Backofen als Teil der baulichen Einrichtung anzusehen ist. Das ist für die hier interessierenden Fragen aber unerheblich und bedarf daher keiner näheren Erläuterung.

2) Bereits in der Anmerkung Sterns in Anführungszeichen zitiert.

e) Die Überlassung von Fabrikgebäuden

Auch zu dieser Fallgruppe gibt es sehr viele Entscheidungen des RG[1] und anderer Gerichte[2], die jedoch nur die schon dargestellten allgemeinen Grundsätze bestätigen, ohne neue Gesichtspunkte oder besondere Widersprüche zu diesen Grundsätzen für die Abgrenzung beizutragen. Bemerkenswert ist allein folgende Entscheidung[3]: Bei der Überlassung einer Druckerei, deren Maschinen stark heruntergewirtschaftet waren, hat das OLG Breslau in dem Überlassungsvertrag ein Pachtverhältnis gesehen. Nur die zur Ausübung des beabsichtigten Fabrikbetriebes unerläßlich notwendigen Maschinen müßten vorhanden sein, um Pacht annehmen zu können. Fehlten diese, so läge Miete vor[4]. Auch liegt in der Rechtsprechung die Betonung auf der rein tatsächlichen Erfüllung, das Wie, die Art der Erfüllung wird als nebensächlich angesehen[5].

f) Einzelfälle

Zum Abschluß dieses Komplexes sollen noch einige Entscheidungen erörtert werden, die sich in die hier vorgenommene Gruppierung nicht einordnen lassen, die in der Rechtsprechung als Einzelfälle dastehen.

Immer wieder wurde in der Rechtsprechung betont[6], es komme für die Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Raumüberlassung auf die innere Einrichtung der Räume ganz besonders an. Ausgenommen von dieser Regel war die Übernahme einer Anwalts- oder Arztpraxis.

---

1) z.B. RG in Seuff. A. Bd.78 Nr.182; in HRR 1925 S.1336.
2) z.B. KG in MietG 1929 S.30.
3) Eine bei Staudinger-Kiefersauer in Anm.12 zu § 581 zitierte Entscheidung des OLG Breslau; in Verbindung dazu RG in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.105.
4) RG in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.105.
5) In diesen Rahmen paßt auch eine Entscheidung des 8.Sen. des RG vom 28.11.1932 - RGZ Bd.138 S.201 -, wonach für die Annahme einer Unternehmenspacht nicht hinderlich ist, daß der Fabrikbetrieb schon fast zum Erliegen gekommen ist und kaum noch Kundschaft vorhanden ist. Hierauf wird noch in anderem Zusammenhang einzugehen sein.
6) vgl. die bisher angeführten Entscheidungen.

In einer Entscheidung vom 11.1.1924[1] nahm das RG zur Überlassung einer Anwaltspraxis Stellung.

> Es handelte sich um folgenden Sachverhalt: Der Beklagte hatte von der Klägerin die Anwaltspraxis des Mannes übernommen. Die Klägerin verlangte nunmehr die Räumung der Praxisräume. Das Mieteinigungsamt hatte Pacht angenommen, die Vorinstanzen ebenfalls.

Das RG lehnte jedoch das Vorliegen eines Pachtvertrages ab; denn das Überlassen von Büroräumen nebst der dazugehörigen Einrichtung sei nicht geeignet, die unmittelbare Quelle einer Anwaltspraxis zu bilden. Selbst dann nicht, wenn in und mit denselben Räumen ein Rechtsanwalt gewirkt hat. Die Erträge des Anwalts flössen nicht aus den Räumen und deren Einrichtungen, sondern aus der geistigen Tätigkeit des Anwaltes. Dieser geistigen Tätigkeit gegenüber seien Räume und Geräte nur als "nicht maßgebliche Behelfe" anzusehen. Auch ein Vergleich mit einem Gewerbebetrieb sei grundsätzlich abzulehnen. Es könne auch kein pachtähnliches Verhältnis vorliegen, in Frage käme nur ein Mietverhältnis.

Bemerkenswert erscheint an dieser Entscheidung, daß das Gericht ausschließlich auf die geistige Tätigkeit des Anwalts abstellt. Geistige Tätigkeit muß aber auch der entwickeln, der einen Gewerbebetrieb in übernommenen Räumen erst aufbauen oder weiterführen will. Von seinen geistigen und den damit verbundenen fachlichen Qualitäten hängt es ab, ob er ein "Unternehmen" aufbaut, das Erträge abwirft. Das RG lehnt die Parallele zur Pacht eines Gewerbebetriebes ohne nähere Begründung ab. Dabei hätte sich gerade hier die Frage gestellt, ob es sich u.U. nicht doch um die Pacht eines "Unternehmens" handelte, da eine bestehende Rechtsanwaltspraxis übernommen wurde. Das RG durfte eine Unternehmenspacht nur dann ablehnen, wenn es den Unternehmensbegriff bestimmt und nachgewiesen hätte, daß die Anwaltspraxis sich nicht unter diesen Unternehmensbegriff subsumieren läßt.

---

1) RG in JW 1925 S.472 Nr.14 (3.Sen.).

Der Fall, in dem eine Arztpraxis überlassen wurde, ist nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung geworden. Jedoch ist dieser Fall in der Literatur[1] vielfach erwähnt und diskutiert worden.

Dagegen ist die Überlassung einer zahnärztlichen Praxis Gegenstand einer RG-Entscheidung gewesen[2].

> Die Frage, ob es sich um einen Miet- oder Pachtvertrag handelte, entzündete sich an einer Räumungsklage, die der Kläger vor dem Landgericht erhob. Dieses sah sich gemäß § 23 GVG als sachlich unzuständig an, da es den Überlassungsvertrag als Miete beurteilte, und wies die Klage ab. Das Berufungs- und Revisionsgericht dagegen nahm Pacht an. Der Kläger, der selbst nicht Zahnarzt war, hatte die in den umstrittenen Räumen betriebene Zahnpraxis samt dem zugehörigen Inventar käuflich erworben. Er betrieb die Praxis durch Assistenten weiter. Bald darauf "verpachtete" er die Praxis mit Räumen und Inventar an den Beklagten. Er klagt nunmehr auf Rückgewähr der Räume und Geräte.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht, bei dem Überlassungsvertrag handele es sich um einen Pachtvertrag, geht das RG von den seiner Ansicht nach in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsätzen aus, daß Räume mit "anklebender Zahnpraxis"[3] Gegenstand von Kaufverträgen sein könne. Daraus sei zu folgern, daß auch eine Verpachtung möglich und rechtlich zulässig sei.[4]

Die Ausübung einer Zahnpraxis könne, müsse aber nicht einem Gewerbebetrieb gleichgeachtet werden und könne wie dieser evtl. auch verpachtet

---

1) z.B. bei Staudinger-Kiefersauer Anm.6 zu § 581.
2) RG in Seuff.A. Bd.79 S.159 (Urteil des 3.Sen. v. 3.10.24).
3) Das RG bezieht sich auf RGZ Bd.75 S.120 ff. (2.Sen. v. 12.1.1911).
4) Dieser Gedankengang findet sich auch im Fall Kröpcke RG in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160 S.191, - dort allerdings übertragen auf ein "gewerbliches Unternehmen".

werden. Das aber sei nur im Einzelfall unter jeweiliger Berücksichtigung der besonderen Umstände zu entscheiden. Ohne Bedeutung sei in diesem Zusammenhange auch, daß der Kläger weder Zahnarzt noch Zahntechniker sei, das habe für die Wirksamkeit des Vertrages keine Bedeutung.

Auffällig ist, daß das RG eine Unternehmenspacht bei der Übernahme einer Zahnpraxis durchaus für möglich hält, während es diesen Gedanken für die Übernahme einer Anwaltspraxis strikt ablehnt. Es fragt sich, ob das RG die Tätigkeit des Zahnarztes weniger als geistige und mehr als handwerkliche Arbeit einstufen will im Vergleich zur Tätigkeit des Anwaltes. Wenn das RG die Verpachtbarkeit eines "Unternehmens" daraus ableiten will, ob dieses auch zu verkaufen ist[1], so wäre zu fragen, ob nicht u.U. auch eine Anwaltspraxis oder Arztpraxis käuflich übertragen werden kann. Das RG hat diese Frage nicht untersucht.

Diese Entscheidung ist in der Lehre kaum beachtet worden[2], vielmehr beschäftigen sich die meisten Autoren nur mit der Übernahme einer Arztpraxis[3]. Ausgehend von der RG-Entscheidung zur Übernahme einer Anwaltspraxis - s.o. S. - behandeln diese Autoren beide Fälle gleich, d.h. lehnen die Pacht als mögliche Form der Überlassung ab. Der Vertragszweck soll dann ausschließlich im Gebrauch der Räume liegen[4].

Es erscheint fraglich, ob man in diesen Fällen wirklich den Gebrauch der Räume als ausschließlichen Vertragszweck bezeichnen kann oder ob der bloße Gebrauch nicht nur - wie bei jedem Raumüberlassungsvertrag - ein Bestandteil von vielen des Überlassungsvertrages ist. Der vom Arzt erzielte Gewinn entspringt nach Ansicht dieser Autoren wie beim Rechtsanwalt nicht den "gegenständlichen Hilfsmitteln"[5], sondern der "beruflichen Tätigkeit[6]. Das erscheint zwar im Ergebnis richtig, im Zusammenhang mit der übrigen Rechtsprechung aber zweifelhaft. Denn es wäre

1) s.o. S.26 f den Fall Kröpcke.
2) z.B. Staudinger-Kiefersauer Anm.6 zu § 581.
3) ders. a.a.O.
4) ders. ebenda.
5) Kiefersauer a.a.O.
6) ders. a.a.O.

noch zu klären, ob der Gewinn, den ein Theaterunternehmer durch Übernahme eines zum Betriebe fertigen Theaters erzielt, weniger den "gegenständlichen Hilfsmitteln" entspringt als vielmehr seiner eigenen unternehmerischen Tüchtigkeit, seinen beruflichen Fähigkeiten; dann aber sind die erzielten Erträge solche der "beruflichen Tätigkeit". Diese Frage wird noch besonders eingehend geprüft werden. Es läßt sich jedoch bereits hier feststellen, daß der Versuch, Miete und Pacht von den "Erträgen eines Raumes" her abzugrenzen, zu starken Zweifeln Anlaß gibt und auch - wie bereits gezeigt wurde - zu Widersprüchen in der Rechtsprechung geführt hat.

Die Überlassung einer Privatklinik war Gegenstand eines Urteils des 7. Sen. des RG vom 10.11.1909[1].

Gegenstand des Überlassungsvertrages war eine vollständig eingerichtete Privatklinik. Den Zweck, zu dem jemand eine solche Klinik betreibt, bezeichnet das RG[2] als gewerblichen. Bezogen auf die Besonderheit des Falles führt das RG dann weiter aus: Wie bei jeder gewerblichen Anlage bedürfe es auch bei dieser der Tätigkeit des Menschen, hier des Arztes und der Angestellten, um Erträge zu erzielen. Diese menschliche Tätigkeit sei aber bei einem für bestimmte Diätkuren bestimmten Sanatorium nicht von überwiegender Bedeutung. Bei einem Sanatorium hänge die Höhe der Erträge davon ab, ob die den wirtschaftlichen Organismus bildenden Räume nach ihrer baulichen und inneren Einrichtung geeignet sind, den Ansprüchen eines Sanatoriums zu genügen. Die Sache liege nicht wesentlich anders als bei der Überlassung eines eingerichteten Hotels oder Theaters. Gewinne ließen sich in allen Fällen nur bei sachgemäßer Leitung des Unternehmens erzielen. Diese beschränke sich aber darauf, die Benutzung der Räume zu regeln. Miete könne nur dann angenommen werden, wenn die Bedeutung der überlassenen Räume allein darin liege, örtlicher Mittelpunkt für die Tätigkeit des Arztes zu sein. Regelmäßig bedürfe es nur einiger weniger Zimmer, um für den Arzt einen solchen Mittelpunkt zu bilden.

---

1) RG in Warn.Rspr. 1914/15 S.62; es handelt sich um eine Entscheidung zum preußischen StempelsteuerG von 1909. Der Sachverhalt ist vereinfacht wiedergegeben.

2) a.a.O. S.62.

Eine besondere "wirtschaftliche Veranstaltung" sei dazu nicht nötig. Ob dasselbe hinsichtlich einer chirurgischen Klinik gelte, könne offen bleiben. Selbst wenn im vorliegenden Fall der das Sanatorium leitende Arzt ein bekannter Arzt sei, dem eine große Zahl Patienten ihre Gesundheit anzuvertrauen bereit sei, so bedeute das nur, "daß er besser als ein anderer fähig ist, die Anstalt wirtschaftlich zu nutzen und ihren Betrieb erfolgreich zu gestalten". Aus dem Vertragszweck ergebe sich auch, daß, selbst wenn die Räume für den Betrieb einer Klinik bzw. eines Sanatoriums nicht mehr geeignet waren, und außerdem das ärztliche Ansehen und seine Tätigkeit Grundlage des Unternehmens bildeten, nur Pacht angenommen werden könne.

Auffallend ist an dieser Entscheidung besonders, daß das RG die Tätigkeit des Arztes, dessen fachliche Qualitäten überhaupt nicht berücksichtigt wissen will außer als Beweis dafür, daß darin ein besonders positiver Wirtschaftsfaktor für das Unternehmen zu sehen ist. Das RG erwähnt mit keinem Wort, ob nicht u.U. der Ertrag eines Sanatoriums oder einer Klinik ausschließlich vom Ruf und den Fähigkeiten des leitenden Arztes abhängt. Sicher spielen beim Betrieb eines Sanatoriums auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle, besonders wenn nicht ein Arzt als eigentlicher Unternehmer, sondern ein Privatmann als solcher fungiert. Im Mittelpunkt steht jedoch nach dem Begriff des Sanatoriums und vom Standpunkt des leitenden Arztes aus der Heilzweck. Das gilt auch im vorliegenden Falle

Wenn das RG beim Überlassen einer Anwaltspraxis als Quelle der vom Anwalt erzielten Erträge die geistige Arbeit - sprich die fachlichen Qualitäten - des Anwalts ansieht, so daß die Räume nur örtlicher Mittelpunkt seiner Tätigkeit sind[1] und diese auch für die Tätigkeit des Arztes bejaht[2], so kann das RG im Falle des Sanatoriums nicht folgern, daß die Tätigkeit des Arztes als nicht selbständig zu bewerten ist und somit auch nicht als Quelle seiner Erträge angesehen werden kann. Wie würde das RG entscheiden, wenn der Arzt das Sanatorium erst aufbaut, also nur die fertig eingerichteten Räume übernimmt? Dann müßte es, um sich nicht selbst zu widersprechen, den Vertrag als Miete ansehen.

1) RG Warn.Rspr. 1914/15 S.22.
2) RG daselbst.

Nimmt das RG, wie im vorliegenden Falle, an, daß die Räume nur örtlicher Mittelpunkt für die Tätigkeit des Arztes sind, so kann es zwar daraus folgern, daß ein unter seiner Leitung stehendes Sanatorium immer gut belegt sein wird und daher auch gute Erträge abwirft, aber es kann nicht die ärztliche Tätigkeit als Quelle der Erträge beiseiteschieben und die Räume als Quelle der Erträge bezeichnen, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu geraten.

Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem jemand ein Erholungsheim übernimmt, das schon vom Verfügungsberechtigten bisher als solches betrieben wurde und eine ärztliche Betreuung der Erholungssuchenden im Hause nicht geboten wird. In diesem Falle hat das RG Pacht angenommen, ohne allerdings zu klären, ob hier Unternehmens- oder Raumpacht vorlag[1].

Am Ende dieses Abschnittes seien noch folgende zwei besonders aufschlußreiche Fälle wiedergegeben[2]:

> Auf Grund eines als Pacht bezeichneten Überlassungsvertrages hatte die Klägerin der Beklagten den Betrieb einer Wechselstube im Münchener Hauptbahnhof übertragen und dem Beklagten dazu einen Raum überlassen. Der Raum war mit dem "Hausinventar" ausgestattet, die übrigen zur Ausübung des Gewerbebetriebes erforderlichen Gegenstände hatte der Beklagte selber zu beschaffen. Außerdem hatte sich die Klägerin noch besondere Kontrollrechte vorbehalten und dem Beklagten die Geschäftszeiten vorgeschrieben. Die Klägerin

1) RGZ Bd.102 S.186 ff. (Urteil des 3.Sen. v.10.5.1912). Entsprechend hat das RG in Warn.Rspr. 1922 Nr.38 S.43 den Fall beurteilt, in dem ein Töchterpensionat überlassen wurde. In dieser Entscheidung betont das RG, daß die bauliche Einrichtung nicht in jedem Falle Voraussetzung dafür sei, daß die Räume als unmittelbare Quelle der Erträge anzusehen seien. Auch stehe es der Annahme eines Pachtverhältnisses nicht entgegen, wenn einige Räume leer übergeben würden.
Dieses letztere bedeutet eine Einschränkung gegenüber der oben S.40 erwähnten Entscheidung, wo der baulichen Einrichtung neben der inneren gleich große Bedeutung beigemessen wird.

2) RGZ Bd.108 S.369 ff. (Urteil des 3.Sen. v. 11.7.1924).

verlangt die Räumung. Das LG wies ab, das Berufungsgericht gab statt; das RG ebenfalls, indem es in dem Überlassungsvertrag keinen Mietvertrag sah, sondern darin einen "gemischten" Vertrag erblickte.

Wegen der Klägerin im Vertrage vorbehaltenen außerordentlichen Kontrollrechte hat das RG als das Wesentliche dieses Vertrages die Gestattung des Gewerbebetriebes angesehen, den zu betreiben sich der Beklagte verpflichten mußte. Die Überlassung ihr zugeeigneter Räume bezeichnete das RG als eine selbstverständliche Nebenfolge. Ein reines Mietverhältnis liege daher nicht vor. Die Raumüberlassung sei an sich nicht als Pacht anzusehen, zumal nur das Hausinventar vorhanden gewesen sei, das zum Betreiben einer Wechselstube aber nicht ausreiche. Auch die günstige Geschäftslage allein lasse den Raum noch nicht als zum Fruchtgenuß geeignet erscheinen. Entscheidend sei hier die Gestattung eines Geschäftsbetriebes. Da der Vertrag auch die Ausübung eines Rechtes gestatte, enthalte er auch ein Element der Pacht. Die enge Bindung des Beklagten und die Betriebspflicht seien schließlich als Elemente des Dienstvertrages anzusehen, die Raumüberlassung als Kriterium der Miete; aber gerade sie überwiege in diesem Vertrage nicht. Deshalb bezeichnet das RG das Ganze als einen gemischten Vertrag.

Die "Gestattung der Ausübung eines Gewerbebetriebes"[1] war in allen bisher als Pacht charakterisierten Fällen Bestandteil des Vertrages, ja, sogar ein wesentlicher. Denn jede der erwähnten Raumüberlassungen hatte gerade den Zweck, dem Übernehmer die Ausübung eines Gewerbes zu gestatten. Nur zu diesem Zweck wurden die Verträge überhaupt geschlossen. Selbst wenn man sich mit dem RG auf den Standpunkt stellen würde, nicht die Überlassung der Räume, sondern das Recht, diese zu nutzen, indem das vorgesehene Gewerbe in ihnen ausgeübt wird, Gegenstand der Überlassung ist, so erscheint dennoch zweifelhaft, ob die Kriterien eines Pachtverhältnisses im Sinne von § 581 vorliegen. Der wesentliche Unterschied zur Miete liegt darin, daß der Verpächter dem Pächter einen fruchttragenden Gegenstand gewährt und dem Pächter ein Fruchtziehungsrecht einräumt (§ 581). Das Recht, in Räumen ein vorgesehenes Gewerbe zu be-

1) RG a.a.O. S.371.

treiben, gestattet in seinem Umfang jedoch nur, Gebrauchsvorteile im Sinne von § 100 aus den Räumen zu gewinnen, aber nicht Früchte im Sinne von § 99[1].

Bisher hatte das RG aber in keinem dieser Fälle die Verträge in die verschiedenen in ihm aufgenommenen Elemente zerlegt. Vielmehr wurden alle Überlassungsverhältnisse stets als einheitlicher Vertrag bewertet. Dagegen bietet diese Analyse des RG Anlaß zu einer anderen Überlegung. Der Gedanke des RG, den Vertrag in seine verschiedenen Elemente zu zerlegen, wird von der Rechtsprechung hier erstmalig verwendet, um Miete und Pacht abzugrenzen. U.U. lassen sich durch diese Methode neue Kriterien für die Abgrenzung gewinnen, so daß man die rechtliche Stellung des Mieters und Pächters einer gründlichen Analyse unterzieht und von den dabei gewonnenen Erkenntnissen her eine Abgrenzung beider Rechtsinstitute versucht. Denn auf Grund der hier vom RG vorgenommenen Analyse läßt sich bereits feststellen, daß zumindest die Pacht verschiedene rechtliche Elemente und wirtschaftliche Faktoren umfaßt.

Das RG ließ es bisher zu, daß untypische Regelungen in einen Pachtvertrag aufgenommen wurden, ohne daß deshalb der Grundtypus des Vertrages geändert wurde. Wenn daher eine besondere Betriebspflicht vereinbart wurde, so widerspricht das nicht der Annahme, es handele sich um einen Miet- oder Pachtvertrag.

An anderer Stelle betont das RG später[2] die Übernahme einer Nutzungspflicht sei keine dem Miet- oder Pachtvertrag ex lege innewohnende Pflicht, sie könne vielmehr nebenher bedungen werden und gehe dann als Nebenabrede über die gesetzlichen Verpflichtungen hinaus[3].

---

1) Einzelheiten unten S. 102 ff.

2) RGZ Bd.138 S.197 (Urt.d.8.Sen.v.24.11.1932).

3) Der 8.Sen. bezieht sich bei dieser Entscheidung ausdrücklich auf die ältere, vorstehend wiedergegebene des 3.Sen. in RGZ Bd.108 S.371, sowie auf RGZ Bd.115 S.20 und in HRR 1929 Nr.1208.
Der 6.Sen. (in RGZ Bd.115 S.20 vom 16.3.24) betont ausdrücklich, daß eine Vertragsbestimmung, die den Pächter zum Gebrauch des Pachtgegenstandes verpflichtet, mit dem Wesen der Pacht in Einklang stehe und als bloße Nebenabrede zu betrachten sei. In dieser Entscheidung bezieht

Fortsetzung der Anm.3 auf Seite 52

Es fragt sich daher, ob die vereinbarte Gebrauchspflicht für die Einordnung des vorliegenden Vertragsverhältnisses (in die Kategorien des BGB) nicht als bloße Nebenabrede außer Betracht zu bleiben hat.

Warum die Raumüberlassung schließlich "als nebenher gehende selbstverständliche Folge" bezeichnet wird, ist ebenfalls nicht einzusehen. Vielmehr kommt gerade dem Raum entscheidende Bedeutung zu, da ohne seine Überlassung der ganze Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen wäre.

Nach den bisher dargestellten Entscheidungen wäre zu erwarten gewesen, daß das RG das vorliegende Rechtsverhältnis als Miete ansehen würde. Völlig offen bleibt in dieser Entscheidung auch, ob dem Übernehmer überhaupt ein vertragliches Fruchtziehungsrecht eingeräumt wurde, da nur dann auf die Abgrenzung von Miete und Pacht einzugehen war, oder ob, da die Klägerin lt. Sachverhalt[1)] der Beklagten den Betrieb einer Wechselstube gegen festes Entgelt übertragen hatte, u.U. ein reiner Dienstvertrag vorlag. War dagegen dem Beklagten ein Fruchtziehungsrecht eingeräumt worden, so ist nach den vom RG aufgestellten Grundsätzen unverständlich, warum das RG dann die Frage, ob und inwieweit diese Räume Früchte hervorbringen, nicht als entscheidendes Kriterium heranzog[2)].

Die hier besprochenen Entscheidungen genügen, um zu zeigen, wie problematisch die Abgrenzung von Miete und Pacht an Hand der vom RG auf-

---

Fortsetzung von Anm.3):
sich der 6. Sen. auf zwei unveröffentliche Urteile des 3. Sen. vom 8.12.1911 und vom 16.10.1925. Da das oben dargestellte Urteil des 3. Sen. vom 11.7.24 (RGZ Bd.108 S.369 ff.) stammt, widerspricht es in diesem Punkte dem früheren Urteil desselben Senats, das in RGZ Bd.115 S.20 zitiert wird.

1) a.a.O. S.369.

2) In einem ähnlichen Falle nahm der BGH bei LM Nr.11 zu § 581 Rechtspacht an. Die Bundesbahn gestattete in diesem Falle einem Buchhändler in einem Bahnhof, sein Gewerbe auszuüben. Das Berufungsgericht hat Unternehmenspacht angenommen. Das aber lehnte der BGH ausdrücklich ab. Im übrigen betont der BGH, daß alle Teile des Vertrages "mit gleichem Gewicht" zur Beurteilung der Frage heranzuziehen seien, ob Miete oder Pacht vorliege.

gestellten Grundsätze im Einzelfall ist. Noch problematischer wird die Richtigkeit dieser Grundsätze bei der Frage, ob Miete oder Pacht vorliegt, wenn Räume mit Inventar überlassen werden, das im Eigentum eines Dritten steht. Diese Fälle sollen im Anschluß an den folgenden Fall erörtert werden, bei dem das Inventar im Eigentum des Überlassenden stand und in dem die Grundsätze und Argumente des RG für die Abgrenzung von Miete und Pacht in einem Urteil vom 19.1.1926[1] am klarsten zum Ausdruck kommen. Gegenstand eines Überlassungsvertrages war ein vollständig eingerichtetes Warenhaus, das zum Weiterbetrieb überlassen wurde.

Das RG sah den Überlassungsvertrag als Pacht an, ohne zu untersuchen, ob es sich um Raum- oder Unternehmenspacht handelt. Bei seiner Entscheidung stützt sich das Gericht auf das Urteil des 7.Sen. vom 22.10.1912[2], dessen Grundsätze der jetzt entscheidende 3.Sen. noch einmal interpretiert und bestätigt. Wörtlich heißt es in dem Zitat beim Urteil des 3. Senats: "Die Überlassung von Räumen sei nicht ohne weiteres Pacht, es komme darauf an, welche Rolle den Räumen bei der Erzielung der gewerblichen Erträge zufalle. Beschränke sie sich darauf, daß sie dem Inhaber als örtlicher Mittelpunkt seines Gewerbes Gelegenheit gebe, seine gewinnbringende Tätigkeit auszuüben, so sei Miete anzunehmen. Seien die Räume aber derartig beschaffen, und nach dem Vertragswillen beider Parteien dazu bestimmt, daß sie in wesentlich unverändertem Zustand vom Inhaber an Dritte zum Gebrauch gegen Entgelt überlassen werden könnten und dadurch Erträge gewährten, so ließen sich die letzteren weniger als die Ergebnisse der gewinnbringenden Tätigkeit der Person des Inhabers ansehen, als vielmehr als Erträge, welche der überlassene Gegenstand selbst vermöge eines hinsichtlich seiner vom Inhaber begründeten Rechtsverhältnisses abwerfe; in einem solchen Falle stelle sich der Gegenstand als die eigentliche Quelle der Erträge dar, der gegenüber die mitwirkende Tätigkeit des Inhabers in den Hintergrund trete. Für diesen Fall nimmt die Entscheidung - 7. Senat - Pacht an."

Diese Ausführungen, die der 3.Sen. von dem älteren Urteil des 7. wörtlich

1) RG 3.Sen. in HRR 1926 S.638 ff. (639!).
2) Gruch.Bd. 57 S.681 ff., oben S.18 ff.

zitiert, deutet er nun wie folgt: "Hiermit ist ausgesprochen, daß es für die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht auf die Tätigkeit des Inhabers der Räume überhaupt nicht, sondern nur darauf ankommt, welche Rolle sie als Ertragsquelle spielen. Sind leere oder zu einem bestimmten Gewerbe nicht hinreichend ausgestattete Räume überlassen, so wohnt ihnen die Eigenschaft einer Ertragsquelle nicht inne, denn dann ist es die Tätigkeit des Inhabers allein, die die Erträge schafft. Anders liegt es, wenn zu einem bestimmten Betriebe hinreichend eingerichtete Räume überlassen werden, die die alsbaldige Fruchtziehung gestatten. Dann sind sie es, die als der eigentliche Träger, als Quelle der Erträge zu gelten haben und neben ihnen kommt der Tätigkeit des Inhabers keine Bedeutung zu. Alleiniges Unterscheidungsmerkmal ist also der objektive Zustand der Räume und ob sie Ertragsquelle sind oder nicht."

Eindeutig wird in diesem Urteil die auf Grund der vorangegangenen Urteile aufgestellte Vermutung bestätigt, daß das RG die Räume nur dann als zur Fruchtziehung geeignet ansieht, wenn ihr Inhaber über sie ein Rechtsverhältnis mit einem Anderen begründet, auf Grund dessen dieser ihm zur Zahlung eines Entgeltes verpflichtet ist. Hinzukommen muß, wie das RG betont, der entsprechende Vertragswille beider Partner.

Das RG kommt zu dem Ergebnis, daß die Tätigkeit des Raumübernehmers also für die Abgrenzung von Miete und Pacht überhaupt keine Rolle spielt. Die gewerbliche Verwertung der Räume kann nach dieser Auffassung nur in dem Weiterüberlassen - mag dies auch nur zeitweise sein - [1] liegen.

3. Raumüberlassung mit vom Übernehmer käuflich erworbenem oder von Dritten nur vorübergehend gestelltem Inventar

In dieser Fallgruppe sind folgende Variationen möglich: Der Raumübernehmer kann das Inventar, das sich in den Räumen befindet und entweder

1) So RG Gruch. Bd. 57 S. 686.

dem Verfügungsberechtigten oder einem Dritten gehört, käuflich erwerben, oder es, wenn es einem Dritten gehört, in einem besonderen Vertrag mit diesem vereinbaren, daß das Inventar in den Räumen verbleibt; zumindest für eine gewisse Zeit. In der Rechtsprechung wurden diese drei Fälle gleich behandelt. Daher sollen sie auch hier in einem Abschnitt gleichzeitig dargestellt werden.

Die Rechtsprechung[1] ging von dem Standpunkt aus, es sei gleichgültig, in wessen Eigentum das Inventar stehe, das der Mieter bzw. Pächter übernehme. Erforderlich sei nur, daß es im Augenblick des Vertragsschlusses in den Räumen tatsächlich vorhanden sei.

> Die erste Entscheidung des RG in dieser Richtung stammt aus dem Jahre 1915[2]. Gegenstand eines Überlassungsvertrages waren die Wirtschaftsräume eines Hotels. Das in den Räumen vorhandene Inventar mußte der Übernehmer vom Verfügungsberechtigten kaufen. Geklagt wurde nun auf die Rückzahlung der Stempelsteuer, weil es sich angeblich um einen Mietvertrag, und nicht, wie die Steuerbehörde angenommen hatte, um einen Pachtvertrag handelte.

Das LG nahm einen Mietvertrag an, weil nach den vom RG aufgestellten Grundsätzen die Räume nicht mehr "unmittelbare Quelle der zu erzielenden Erträge seien, denen gegenüber die Tätigkeit des Inhabers weniger wesentlich ist. Das OLG (KG) entschied sich dagegen für Pacht, weil es als entscheidend ansah, daß die dem Publikum zugänglichen Räume bei ihrer Überlassung "tatsächlich mit einer zur Fortsetzung des Betriebes ausreichenden und nach dem Vertrag zur bleibenden Benutzung in diesem Betrieb bestimmten Einrichtung" versehen war. Das RG schloß sich dieser Argumentation an und nahm ebenfalls Pacht an.

Diesen Gedankengang verfeinerte das RG in späteren Entscheidungen und arbeitete ihn als klaren Grundsatz heraus[3].

---

1) z.B. RG in Warn.Rspr. 1914/15 Nr.217 S.332 ff.
2) Urteil des 7.Sen. vom 7.5.1915 bei Warn.Rspr. a.a.O.
3) Z.B. in Warn.Rspr. 1926 Nr.45 (v.5.3.1918); RG in Seuff.A. Bd.79 S.43 Nr.24. (3.Sen. v. 9.12.24).

In dem Urteil vom 11.12.1917[1] entschied das RG folgenden Fall:

> Der Beklagte hatte die Gastwirtschaft des Klägers "gemietet". Der Kläger forderte mit seiner Klage die Zahlung rückständiger Mietzinsraten. Der Beklagte erhob Widerklage auf Rückzahlung des bereits gezahlten Mietzinses mit der Begründung, durch die Einwirkung kriegsbedingter behördlicher Maßnahmen habe der Umsatz gelitten. Der Beklagte verlangt daher eine Minderung des Mietzinses um 75 %.

Das RG nahm diesen Fall zum Anlaß, um über die Abgrenzung von Miete und Pacht folgendes auszuführen: Nur in Verbindung mit einer geeigneten Ausstattung seien Räume, die zu gewerblichen Zwecken überlassen werden sollten, in einem betriebsbereiten Zustand, der es erlaube, aus ihnen einen Ertrag in Form "bürgerlicher" Früchte (§ 99 Abs.3) zu ziehen. Diese Voraussetzung sei nur bedingt erfüllt, wenn die Einrichtung des überlassenen Hotels nicht in den Überlassungsvertrag einbezogen, sondern auf Grund eines besonderen Vertrages dem Übernehmer käuflich überlassen worden sei. Indes schließe das dennoch nicht aus, in dem entschiedenen Punkte genauso zu entscheiden, wie wenn die Einrichtung mit in den Überlassungsvertrag einbezogen gewesen wäre. Beide Verträge stünden trotz ihrer äußeren Selbständigkeit in einem engen Zusammenhang. Das Ziel des selbständigen Vertrages sei dasselbe: Die Einrichtungsgegenstände sollten im Hotel bleiben. Das RG weist dann weiter darauf hin, beim Kauf des Inventars sei es die Absicht des Raumübernehmers gewesen, sich durch beide Verträge in die Lage zu versetzen, das Hotel an einen Dritten zu verpachten, da er es nicht selbst bewirtschaften wollte.

Die Rechtsfolgen sind nach Ansicht des RG in diesem Falle nicht anders zu bewerten als bei einem Rechtsgeschäft, in dem Bestandteile verschiedener Vertragsarten zusammenwirken, von denen eine überwiegt und nach der sich das ganze Rechtsgeschäft beurteilt.

Diese Ausführungen stehen in deutlichem Gegensatz zu dem bereits besprochenen Urteil des 3.Sen. vom 11.7.1924[2], wo unter ähnlichen Vor-

---

1) RGZ Bd.91 S.311 (3.Sen.).

2) RGZ Bd.108 S.369 ff., oben S.49 ff.

aussetzungen ein gemischter Vertrag angenommen wurde, den man nicht nach einem Vertragstypus allein beurteilen könne.

Auffallend ist weiter, daß das RG[1] offenbar darauf abstellt, daß nur, wenn das Inventar ausreichend ist, Früchte in Gestalt "bürgerlicher Früchte" (§ 99 Abs.3)" aus den Räumen zu ziehen sind. Es gilt daher noch zu klären, ob das Gericht die durch den Betrieb des in den Räumen vorgesehenen Gewerbes erzielten Erträge als Früchte im Sinne von § 99 Abs.3 ansieht, und ob das für den Pächter oder Verpächter der Fall sein soll. Seltsam mutet wiederum das Argument an, nur aus den eingerichteten Räumen könne der Übernehmer Früchte ziehen, weil er nur diese weiterüberlassen könne[2]. Das RG stellte also darauf ab, daß es gleichgültig ist, wem das Inventar rechtlich gehört, wenn es nur im Augenblick der Übergabe tatsächlich vorhanden ist[3].

Besonders deutlich wird dies in einem Urteil des 8.Sen. vom 14.3.1929[4]:

> Der zugrundeliegende Sachverhalt war folgender: Der jetzt Räumung verlangende Kläger überließ einer Witwe B ein leeres Ladengeschäft, das diese sich für den Betrieb eines Feinkostgeschäftes einrichtete. In einer besonderen Vereinbarung überließ diese Waren und Einrichtung an die Beklagte. Diese ging mit dem Kläger einen als Mietvertrag bezeichneten Überlassungsvertrag über das ganze Haus (Laden, Boden, Wohnung) ein. Das LG hatte den Vertrag als Pachtvertrag angesehen, der Räumungsklage infolgedessen stattgegeben. Das OLG nahm Miete an, das RG verwies zurück.

---

1) RGZ Bd.91 S.311.

2) Diese Erwägung des RG erklärt sich daraus, daß es stets davon ausging, - vgl. RG in Gruch.Bd.57 S.681 ff. und RGZ Bd.81 S.23 ff. - daß Früchte aus den mit Inventar versehenen Räumen nur dann zu ziehen seien, wenn das Inventar so reichlich sei, daß die Räume vom Übernehmer weiterüberlassen werden könnten, ohne daß dieser noch größere Änderungen vorzunehmen brauche.

3) RG v. 12.6.1925 in Bay.ZR 1926 S.207.

4) in Warn.Rspr. 1929 Nr.108 S.193 ff.

Das OLG[1] begründete die Annahme eines Mietvertrages damit, daß Voraussetzung für die Annahme eines Pachtvertrages sei, daß Ausstattung und Einrichtung "in den ganzen Rahmen der entgeltlichen Überlassung" einbezogen seien und ein Zusammenhang zwischen der Person des Überlassenden und dem Überlassen des Inventars vorhanden sei. Diese Einrichtung dürfe für den Raumüberlasser "nicht etwas Fremdes sein, das zu gewähren er gar nicht in der Lage" sei. Zu den Pflichten des Verpächters gehöre es, dem Pächter einen zum Fruchtgenuß geeigneten Gegenstand zu gewähren. Reiche das vom Verfügungsberechtigten Gewährte nicht aus, um dieses zu ermöglichen, sondern müsse dazu noch etwas außerhalb der Verfügungsbefugnis des Überlassenden befindliches Wesentliches hinzutreten, so sei dieser Vertrag kein Pachtvertrag. Ein Zusammenhang in diesem Sinne zwischen den überlassenen Räumen und dem bei Vertragsschluß darin vorhandenen Inventar bestehe nicht. Daher habe der Kläger nur leere Räume gewährt.

Diese Auffassung des OLG verwirft das RG[2]. Es beruft sich auf seine ständige Rechtsprechung, wonach Pacht auch dann anzunehmen sei, wenn der Pächter die Räume vom Hauseigentümer, die Einrichtung dagegen von einem Dritten übernehme. Erforderlich sei nur, daß ein Zusammenhang zwischen den beiden äußerlich getrennten Verträgen besteht. Auch dürfe die Übernahme der Einrichtung der der Räume weder vorangehen noch nachfolgen, sondern müsse gleichzeitig erfolgen. Es sei daher nicht wie das OLG es wolle, auf eine rechtliche Beziehung zwischen dem Eigentümer der Räume und deren Einrichtung abzustellen, so daß der Raumeigentümer über die Einrichtung verfügen dürfe, sondern es genüge, wenn die "tatsächliche Verbundenheit der Einrichtung mit den Räumen" vorhanden sei.

Wenn Überlassungsverträge über die Einrichtung der Räume (Miet- oder Kaufverträge) zur selben Zeit und "ersichtlich im Hinblick darauf abgeschlossen" seien, daß der Übernehmer das bisher betriebene Geschäft in den Räumen fortsetzen wolle, so ergäbe sich aus diesem Sachverhalt, der vom RG geforderte tatsächliche Zusammenhang. (Offen bleibt wieder

1) ebenda S.194.
2) ebenda S.194 f.

die Frage, ob dann Raum- oder Unternehmenspacht vorliegt.)[1)]

Aber auch Pacht könne natürlich nur dann vorliegen, wenn der "durch die Einrichtung ergänzte Raum" und nicht die Tätigkeit des Übernehmers als wesentliche Quelle der Erträge anzusehen sei. Für die Möglichkeit der Fruchtziehung sei es gleichgültig, ob die innere Einrichtung vom Eigentümer der Räume oder von einem Dritten gestellt werde. Der Fruchtgenuß brauche nicht allein durch die Vertragsleistung des Verpächters verschärft zu werden. Die überlassenen Räume müßten nur wesentliche Quelle der Früchte sein.

Das aber können sie nach den hier wiedergegebenen allgemeinen Grundsätzen nur im Zusammenhang mit dem Inventar. Das aber gewährt der Verpächter ja gerade nicht. Das Inventar ist dem Verpächter auch nicht "zurückzugewähren" (dazu näher S.). Es fragt sich auch, ob der Annahme des RG, der Verpächter brauche den Fruchtgenuß nicht ausschließlich zu ermöglichen, nicht der Wortlaut des § 581 entgegensteht. Es erscheint fraglich, ob der Verpächter, wenn ein Dritter das Inventar überläßt, überhaupt noch den Fruchtgenuß "gewährt", wie es das Gesetz im § 581 fordert.

---

1) In einer Entscheidung des 3.Sen. (v. 25.3.27 in JW 27 S.1469 Nr.7) hatte das RG ausgeführt, ein solcher Zusammenhang ergebe sich in der Regel von selbst. Ein solches Erfordernis eines Zusammenhanges zwischen der Raumüberlassung und der Inventarübernahme sei der Rechtsprechung bis dahin allgemein fremd gewesen. Aus der Formulierung des 8.Sen. im obigen Urteil (Warn.Rspr. 1929 S.108) wird dagegen eine ausdrückliche Feststellung dieses Zusammenhanges gefordert, was aus der Formulierung folgt: "Sind die Verträge über die Einrichtungsgegenstände und die Räume zu selben Zeit und ersichtlich ... geschlossen." Das bedeutet eine Verschärfung des in den bisherigen Entscheidungen aufgestellten Grundsatzes, nach dem allein auf das tatsächliche Vorhandensein der Einrichtung abzustellen ist. Zugleich kommt darin auch ein weiterer Versuch, den weiten Pachtbegriff einzuengen, zum Ausdruck, um auf diese Weise mehr Raumüberlassungsverhältnisse dem Mieterschutz zu unterstellen; siehe auch Siebert-Erdsiek-Mühl in Anm.17 vor § 535.

Abschließend sei zu dieser Fallgruppe noch folgendes RG-Urteil zitiert[1]:

> Es handelt sich um eine Räumungsklage. Durch einen "Pachtvertrag" übernahm der Beklagte vom Rechtsvorgänger des Klägers ein Gasthausgrundstück "zu einer dem Betriebe der Gast- und Schankwirtschaft entsprechenden Benutzung. Einrichtungsgegenstände waren fast nicht vorhanden. Der Beklagte schaffte sie auf eigene Kosten an. Nachdem der Kläger die Wirtschaft gekauft hatte, schloß er mit dem Beklagten einen neuen Vertrag, der bis auf die Summe des Pachtzinses mit dem alten wörtlich übereinstimmte. Das LG nahm Miete an und wies die Klage ab, das OLG bejahte Pacht und gab der Klage statt, das RG nahm Miete an.

Das OLG (Königsberg) hatte - gestützt auf die Rechtsprechung des RG - ausgeführt, zur Zeit des Vertragsschlusses zwischen Kläger und Beklagtem über ein zum Betriebe einer Gastwirtschaft geeignetes Grundstück sei dieses auch mit dem erforderlichen Inventar versehen gewesen und in diesem Zustand auch überlassen worden. Dem stehe nicht entgegen, daß die Einrichtungsgegenstände vom Beklagten gekauft seien.

Das OLG hatte somit den Grundsatz des RG, es sei irrelevant, in wessen Eigentum die Einrichtungsgegenstände stünden, wenn sie nur im Augenblick des Vertragsschlusses vorhanden seien, konsequent angewendet. Auch der vom RG gegebene Zusammenhang ist gegeben, da beim zweiten Vertragsschluß - um den allein es hierbei geht - die Einrichtungsgegenstände ersichtlich zu dem Zweck angeschafft waren, um den Betrieb zu ermöglichen und um darin zu bleiben.

Das RG lehnt diese Argumentation jedoch ab. Der vorliegende Fall unterscheide sich von den bisherigen. In jenen Fällen habe ein neuer Vertragsschließender, der bis dahin weder zu den Räumen noch zum Inventar in Beziehung stand, vertragliche Beziehungen "nach beiden Richtungen", d.h. zum Inventar und zu den Räumen geknüpft und sei deshalb als Pächter anzusehen gewesen. Der Pächter habe somit zwar in getrennten Verträgen Rechte an Räumen und Einrichtungen erworben, aber zwischen die-

1) RGZ Bd.109 S.206 ff. (Urt. d. 3.Sen. v. 18.11.1924).

sen Verträgen bestehe doch ein enger Zusammenhang. Ganz anders liege es im vorliegenden Falle. Der Vertrag des Beklagten mit dem Rechtsvorgänger des Klägers sei zweifelsfrei ein Mietvertrag gewesen, da der Beklagte das gesamte Inventar angeschafft habe. Dadurch habe sich die Natur des Mietvertrages nicht geändert. Vielmehr habe die Einrichtung, da sie Eigentum des Beklagten sei, die nur seiner Verfügungsgewalt unterstehe, "selbständig bestanden". Vertragliche Beziehungen über das Inventar zum Vermieter kamen "nicht in Frage". Diese Rechtslage habe auch zur Zeit des Vertragsschlusses zwischen den streitenden Parteien gestanden. Durch den Kauf der Wirtschaft sei der Kläger zunächst in den Mietvertrag zwischen seinem Rechtsvorgänger und dem Beklagten eingetreten. Der neue Vertrag, der die Einrichtung in keiner Weise einbezöge, sei daher nur "als eine Fortsetzung des bereits bestehenden Vertragsverhältnisses, also des Mietvertrages" anzusehen. Das Vorhandensein der Einrichtung an sich, die bisher außerhalb des Vertragsverhältnisses gestanden und seine Natur nicht beeinflußt habe, sei nicht geeignet gewesen, das Mietverhältnis in ein Pachtverhältnis umzuwandeln, da die Einrichtung nicht Gegenstand des Vertrages geworden sei. Folglich seien nur leere Räume überlassen worden, so daß nur Miete vorliegen könne.

Diese Argumentation des RG erscheint sehr formal und legt die Vermutung nahe, daß es den "Mieter" vor unbilligen sozialen Härten, die sich aus der Notgesetzgebung ergaben, schützen wollte. Denn in früheren Entscheidungen[1] legte das RG nie Gewicht darauf, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen den Raumübernehmern und den Eignern des Inventars bestanden. Nie zuvor hatte das RG besondere vertragliche Abmachungen über das Inventar in dem Raumüberlassungsvertrag verlangt. Es hatte immer wieder betont, daß es gleichgültig sei, in wessen Eigentum es stünde, wenn es nur im Augenblick der Raumüberlassung vorhanden sei[2].

Auch die Annahme des RG, im obigen Falle sei in dem Raumüberlassungsvertrag keine Abmachung über das Inventar enthalten, ist ungenau; denn der ursprüngliche Mietvertrag bestimmte, daß das Inventar vom Beklagten

1) RG in Warn.Rspr. 1926 Nr.45; RGZ Bd.91 S.311.

2) So bes. in Bay.ZR 1926 S.207 und in Warn.Rspr. 1929 Nr.108: "Es genügt die tatsächliche Verbundenheit der Einrichtung mit den Räumen"; rechtliche Beziehungen zwischen dem Raumeigentümer und dem Eigentümer des Inventars seien, so betont das RG ausdrücklich, nicht erforderlich.

zu stellen war. Wenn der neue Vertrag nur als "Fortsetzung des bestehenden Vertragsverhältnisses", also auch nach dem Vertrage der Betrieb einer Gastwirtschaft beabsichtigt und gestattet war, anzusehen ist, dann enthält er auch eine vertragliche Regelung hinsichtlich des Inventars.

Das Ergebnis des RG, nämlich Miete, mag wirtschaftlich für den Mieter tragbarer sein, konsequent im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des RG war dagegen die Ansicht des Berufungsgerichtes, das den erforderlichen Zusammenhang bejahte und Pacht annahm[1]. Würde man die bisher vom RG vertretene Ansicht konsequent anwenden, so wäre auch im folgenden Beispiel Pacht anzunehmen: Jemand will Räume zum Betrieb einer Gastwirtschaft mieten oder pachten. Zu diesem Zweck beschafft er sich die erforderliche Einrichtung. Bald darauf tritt er in Übernahmeverhandlungen mit dem Inhaber einiger leerer Räume, die zum Betrieb einer Gastwirtschaft geeignet sind. Ehe es zum Abschluß eines Überlassungsvertrages kommt, bringt der Übernehmer bereits seine Einrichtung in diese Räume. Danach wird der Überlassungsvertrag geschlossen. Beide Parteien sind sich darüber einig, daß die Inventarstücke des Übernehmers in den Räumen bleiben sollen. Dieser Überlassungsvertrag kann, da das Inventar im Augenblick des Vertragsschlusses tatsächlich vorhanden ist, nach den Grundsätzen des RG nur als Pacht angesehen werden.

4. Einfluß nachträglicher Änderung von Tatbestandsmerkmalen auf den Charakter des Vertrages

Dieses letzte Urteil führt unmittelbar in einen neuen Problemkreis, der sich durch die von der Rechtsprechung des RG zur Abgrenzung von Miete und Pacht aufgestellten allgemeinen Grundsätze ergibt: Ändert sich der rechtliche Charakter eines Überlassungsvertrages dadurch, daß rechtliche Veränderungen (Vertragsübernahme auf Seiten des Verfügungsberechtigten oder des Raum-

1) Die Unterinstanzen entschieden in den Fällen, da das übernommene Inventar einem Dritten gehörte, vielfach gegen die vom RG vertretenen Grundsätze, z.B. LG I Berlin in MietG 1928 S.154; LG III Berlin in den KGBl. 1928 S.29. Auf diesen Widerstand der Unterinstanzen gegen die Rechtsprechung des RG weist Ruth - Festgabe S.3 - hin. Auf Widersprüche dieser Art weist auch Hertl S.520 kritisch hin.

übernehmers) oder Veränderungen rein tatsächlicher Natur (z.B. das einem Dritten gehörige Inventar wird während der Pachtzeit entfernt) eintreten?

Hierher gehören auch die Fälle, in denen der Pächter das Inventar des Verpächters während der Pachtzeit kauft.

Auch aus diesen Bereichen sei an einigen ausgewählten Entscheidungen demonstriert, daß sich an Hand der vom RG aufgestellten Grundsätze die Abgrenzung von Miete und Pacht nicht ohne Schwierigkeiten vollziehen läßt und Anlaß zu Zweifeln und Kritik gibt.

a) Der Eintritt eines Dritten in einen bestehenden Raumüberlassungsvertrag

Zunächst seien einige Fälle angeführt, in denen ein Dritter in einen Raumüberlassungsvertrag eintritt.

> Einem RG-Urteil vom 27.3.1929[1] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Räumung begehrende Kläger hatte seinerzeit Räume seines Hauses an den Schlachter Q zum Betrieb einer Schlachterei überlassen. Inventar, das den Betrieb ermöglichen konnte, war kaum vorhanden. In diesen Überlassungsvertrag ist der Beklagte eingetreten, der dabei das von Q angeschaffte Inventar, das zum Betriebe der Schlachterei erforderlich war, von diesem käuflich übernahm.

Das LG hatte der Räumungsklage stattgegeben, da es in dem neuen Vertrag einen Pachtvertrag sah. Durch den Raumüberlassungsvertrag mit dem Kläger und den Kaufvertrag mit Q über das in den Räumen vorhandene Inventar, zwei an sich selbständigen Verträgen, habe der Beklagte eine betriebsfertige Schlachterei erhalten, die ihm unmittelbaren Fruchtgenuß ermögliche. Es handele sich daher um ein Pachtverhältnis.

Das RG verwirft dieses Urteil und verweist auf eine andere, nicht veröffentlichte Entscheidung, in der der erkennende Senat entschieden habe, daß durch den bloßen Eintritt einer Partei in einen bestehenden Vertrag "dessen rechtliche Natur nicht geändert werden könne".

---

1) RG in JW 1929 S.3227 (8.Sen.); ähnlich auch RG in DWohnA 1927 S.313; sowie in MietG 1930 S.142.

Daher müsse man auch hier von dem ursprünglich zwischen dem Kläger und Q geschlossenen Vertrag ausgehen. Dieser sei nach den vom RG aufgestellten Grundsätzen als Mietvertrag anzusehen gewesen, da das vorhandene, vom Kläger überlassene Inventar nicht ausgereicht habe, um den Raum im Sinne der Rechtsprechung als unmittelbare Quelle der Erträge des Schlachters Q anzusehen.

Indes bleibt nach Ansicht des RG zu prüfen, inwieweit durch den "Eintritt" des Beklagten in diesen Vertrag bei gleichzeitigem Kauf des Inventars sich der Vertrag rechtlich gewandelt hat. Nun folgert das RG aus der Tatsache,[1] daß es in der Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten hieß, dieser "übernehme den vorstehenden Vertrag mit allen Rechten und Pflichten", daß "eine Neuregelung der Beziehungen" nicht habe stattfinden sollen.

Es habe nur die Person des Mieters ausgetauscht werden sollen, im übrigen habe der alte Vertrag zwischen dem Kläger und Q "als Grundlage des gegenseitigen Verhältnisses" fortbestehen sollen. Daher sei auch kein Wechsel des Vertragscharakters eingetreten, selbst dadurch nicht, "daß zur Zeit des Eintritts des Beklagten ausreichendes Inventar in den Räumen vorhanden war".

Die vom RG wiedergegebene Begründung des LG, mit der das LG in diesem Falle die Annahme eines Pachtverhältnisses rechtfertigen wollte, stimmt eher mit der ständigen Rechtsprechung des RG überein als dieses Urteil des 8. Senates. Das RG behandelt den Eintritt in den bestehenden Vertrag sehr formal. Es berücksichtigt nicht, daß jedenfalls ohne Zustimmung des Klägers, der Beklagte nicht Nachfolger des Q in den Räumen werden durfte, so daß es in jedem Fall einer neuen Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten bedürft hätte. Ob die Parteien dabei davon ausgingen, einen Mietvertrag zu schließen, ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG unerheblich, da es auf die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung nicht ankommt; ja das RG betont sogar, es komme nicht darauf an, daß die Parteien - bezogen auf den vorliegenden Fall - das Bewußtsein hätten, einen bestimmten Vertrag

1) a.a.O. S.3227.

(Miete oder Pacht) zu schließen[1]. Wenn daher eine Vereinbarung zwischen Kläger und Beklagtem getroffen wurde, so hätte das RG auch prüfen müssen, ob der Vertragsinhalt dem Beklagten gestattete, Nutzungen zu ziehen oder nicht.

Auch der vom RG geforderte Zusammenhang zwischen der Raumüberlassung und der Inventarübernahme ist gegeben. Es liegt hier wiederum die Vermutung nahe, daß das RG hier den Raumübernehmer auf jeden Fall unter den Mieterschutz stellen wollte und daher mit einer anfechtbaren Begründung das Vorliegen eines Pachtverhältnisses verneinte[2]. Im gleichen Sinne entscheidet derselbe Senat kurze Zeit später[3]: In diesem ähnlich liegenden Falle weist das RG zwar darauf hin, wenn jemand betriebsfertige Räume überlasse, so komme es nicht darauf an, ob die Einrichtung vom Raumeigentümer oder einem Dritten, ob sie gleichzeitig oder auseinanderliegend überlassen werde[4]. Der Beklagte dieses Falles war lange Zeit hindurch Untermieter bei einem zwischen dem Kläger und einem Dritten geschlossenen Mietvertrag. Der Untermieter hatte aber bald darauf das Inventar vom Mieter gekauft. Später schloß er mit dem über die Räume Verfügungsberechtigten einen neuen Überlassungsvertrag. Auch in diesem Falle, wo zwischen den Parteien laut Sachverhalt wirklich ein neuer Überlassungsvertrag geschlossen worden war, nahm das RG eine Fortsetzung des alten Mietvertrages an, denn Gegenstand des neuen Vertrages seien nur die Räume, nicht das Inventar, über das der Beklagte das alleinige Verfügungsrecht habe. Der Raumüberlassungsvertrag habe das Inventar gar nicht berührt und sei ohne Zustimmung mit ihm abgeschlossen.

Auch hier mag das Ergebnis - Miete und daher Mieterschutz - zu billigen sein. Jedoch steht es nicht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des RG zur Abgrenzung von Miete und Pacht. Danach kommt es gar nicht

1) z.B. RGZ Bd.130 S.280; RGZ Bd.82 S.342.
2) Diese Vermutung wird auch in der Anmerkung Ruths zu diesem Urteil - in JW 1929 S.3227 Nr.4 - angedeutet.
3) RG in LZ 1929 S.1267 (v. 16.5.29).
4) Anders noch RG in Warn.Rspr. 1919 Nr.108, wo Gleichzeitigkeit gefordert wurde.

darauf an, wer Verfügungsberechtigter über das Inventar ist. Entscheidend ist nur, daß das Inventar im Augenblick der Raumübergabe tatsächlich vorhanden ist. Auch dieses Urteil hinterläßt den Eindruck, daß das RG im Zeichen der Notgesetzgebung, den Pachtbegriff, den es bis dahin sehr weit gefaßt hatte, möglichst einzuengen bestrebt war, um soziale Härten zu vermeiden.[1)]

Da es sich in den in dieser Entscheidung genannten Fällen aber nicht um Untermieter[2)] handelt, weil der bisherige Rauminhaber völlig aus dem Vertrage mit dem Verfügungsberechtigten ausscheidet, erscheint die Argumentation des RG fragwürdig. Denn in diesem Fall nur noch von einer Zustimmung zu sprechen, bedeutet eine Entstellung der tatsächlichen Vorgänge. Zwischen dem neuen Inhaber und dem Verfügungsberechtigten wird ein echter Vertrag geschlossen. Übernimmt der neue Inhaber aber das In-

---

1) s.o. S.57 und die dort zitierte Entscheidung des RG in Bay.ZR 1926 S.207.

2) Mit fast der gleichen Begründung rechtfertigt das RG in einer anderen Entscheidung - RGZ Bd.125 S.128 ff., 8.Sen.v.17.6.1929 - die Annahme eines Mietvertrages in einem Parallelfall. Dort will das RG unterscheiden, ob der neue Raumübernehmer den Besitz der Räume durch einen neuen, selbständigen Vertrag mit dem Verfügungsberechtigten erlangt hat oder ob es sich bloß um eine Vereinbarung mit dem bisherigen Inhaber handelt, der nur der Verfügungsberechtigte zuzustimmen habe. Ob der neue Inhaber die Einrichtung übernehme oder nicht, spiele für das Verhältnis zwischen dem Verfügungsberechtigten und dem ehemaligen Inhaber keine Rolle. Wörtlich heißt es dann weiter: "Denn vertragliche Beziehungen zwischen dem Verfügungsberechtigten und dem neuen Inhaber werden nicht begründet und die Zustimmung des ersteren bedeutet nur, daß er gegen die Begründung eines Untermiet- bzw. Pachtverhältnisses zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber nichts einzuwenden habe. Daß zwischen dem Untermieter und dem Vermieter keine vertraglichen Beziehungen bestehen, solche auch nicht durch Zustimmung des Vermieters geschaffen werden, ist anerkanntes Recht."

ventar seines Vorgängers, sei es durch Kauf oder durch Miete, so kann nach den hier mehrfach angeführten Grundsätzen des RG nur Pacht vorliegen[1].

Diesen Entscheidungen, die trotzdem Miete annehmen, sei folgendes Urteil des 3.Senats vom 23.3.1928[2] gegenübergestellt:

> Die Räumung begehrende Klägerin hatte die Erdgeschoßräume ihrer Hauses zum Betriebe einer Bäckerei und Konditorei eingerichtet. Diese Räume hatte sie an N vermietet, der die weiteren, zur Aufnahme des Betriebes erforderlichen Einrichtungsgegenstände anschaffte. Später "vermietete" die Klägerin an die Beklagte in einem neuen Vertrag diese Räume. In einem am gleichen Tage geschlossenen Vertrag des Beklagten mit dem Vorgänger N verkauft ihm dieser seine "Bäckerei, Konditorei und Café mit sämtlicher Kundschaft und sämtlichem Inventar, wie es steht und liegt".

Alle Instanzen nahmen Pacht an und gaben der Räumungsklage statt. Das Berufungsgericht und das RG gingen davon aus, daß der Vertrag des Klägers mit N als Mietvertrag anzusehen sei, da zwar baulich eingerichtete, im übrigen aber leere Räume überlassen worden seien. Zur Zeit als der Beklagte die Räume übernommen hätte, seien diese mit einer für den Betrieb von Bäckerei und Konditorei ausreichenden Einrichtung ausgestattet gewesen. Diese Einrichtung hätten die Beklagten von N erworben. Sie hätten damit eine betriebsfähige Bäckerei und Konditorei erworben, wenn auch in zwei Verträgen.

Dieses Verhältnis sei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden 3.Sen. als Pacht anzusehen. Für die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses sei der Zeitpunkt seines Abschlusses ausschlaggebend. (Selbst wenn die Beklagten nachträglich umfangreiche Änderungen vorgenommen hätten, könne dieses nicht bewirken, daß "aus dem ursprünglichen Pachtvertrag ein Mietvertrag" würde.)

---

1) In diesem Sinne die Ausführungen, die Ruth in einer Anm. zum RG-Urteil in JW 1929 S.3227 Nr.4 a.E. macht.

2) RG in JW 1928 S.2517 Nr.3.

Auch sei es nicht so, fährt das RG fort, daß die Beklagten in den zwischen dem Kläger und N geschlossenen Mietvertrag eingetreten seien und sich daher auf diesen Vertrag als Mietvertrag berufen könnten. Von N hätten die Beklagten zwar die Einrichtung gekauft, aber keine Rechte an Räumen erhalten. Diese seien ihnen vielmehr durch einen "neuen selbständigen Vertrag" mit der Klägerin übertragen worden. Dieser Vertrag stehe mit der früheren rechtlich in keinem Zusammenhang[1]. Zu dieser Entscheidung steht in eklatantem Widerspruch die vorher erwähnte Entscheidung des 8. Sen. vom 27.3.1929[2].

In dieser jüngeren Entscheidung hatte das RG betont, daß bei der "Nachfolge" eine Neuregelung der Beziehungen nicht erfolge. Vielmehr müsse der alte Vertrag als Grundlage fortbestehend angesehen werden. Ein Wechsel des Vertragscharakters trete auch nicht dadurch ein, "daß zur Zeit des Eintritts des Beklagten ausreichendes Inventar vorhanden war".

Dieser Widerspruch des RG in seiner Rechtsprechung[3] zu dem hier angeschnittenen Problemkreis kann nur so erklärt werden, daß der "Schlüssel", den das RG zur Abgrenzung von Miete und Pacht gefunden zu haben glaubt, nicht in allen Fällen zu einer akzeptablen Lösung führt, sondern sehr viel Raum zu willkürlichen Entscheidungen läßt. Man ist geneigt, sich der harten Kritik Ruths[4] anzuschließen; "daß allerdings gerade die Stellung des

1) In sehr scharfer Form wendet sich der 3. Senat abschließend gegen die Kritik an seiner Rechtsprechung (S. 77). Die Kritik habe dem RG vorgeworfen, diese Rechtsprechung hänge mit der Wohnungszwangswirtschaft zusammen. Das aber sei nur aus Mangel an Kenntnis und Entwicklung der Rechtsprechung zu erklären. Diese gehe auf die Entscheidungen im 81. und 91. Bande zurück (von 1910 und 1913); da aber sei die Wohnungszwangswirtschaft noch nicht einmal dem Namen nach bekannt gewesen. Diese Rechtsprechung zu ändern, bestünde kein Anlaß. Sie entspreche auch nicht der Absicht des Gesetzgebers, der es abgelehnt habe, den Mieterschutz auf "Räume vorliegender Art" auszudehnen.

2) JW 1929 S. 3227.

3) Auf die Tatsache, daß einzelne Entscheidungen des RG von den von ihm aufgestellten Grundsätzen abweichen, weisen auch Siebert-Frdsiek-Mühl (in Anm. 17 vor §535) hin, ohne allerdings näher darauf einzugehen.

4) in JW 1929 S. 3227 in der Anm. zu dem unter Nr. 4 abgedruckten Urteil des RG.

RG zum Begriffe der Pacht keineswegs günstige Rückwirkungen für den Bereich des Mieterschutzes gezeigt hat, ist eine nicht wegzuleugnende Tatsache. Das RG ist offenbar bei der unübersehbaren Kasuistik derartiger Entscheidungen allmählich in Konsequenzen hineingeraten, die ihm ursprünglich fernlagen, und vermag seinen verfehlten Standpunkt jetzt kaum mehr aufzugeben, ohne damit schwere Erschütterungen ins Rechtsleben zu tragen."

b) Erwerb des Inventars durch den Pächter oder die Entfernung des Inventars während der Pachtzeit

In den Fällen, in denen ein neuer Übernehmer in das Vertragsverhältnis eintritt, hatte das RG, wie unter a) dargelegt, es auf die rechtlichen Merkmale im Augenblick des ersten Vertragsschlusses abgestellt[1]. Der Eintritt eines Dritten sollte keine Änderung des Rechtscharakters des Überlassungsvertrages bewirken.

Denselben Grundsatz vertrat das RG in den Fällen, in denen der Übernehmer das Inventar später an den Verfügungsberechtigten zurückgab; auch wenn der Übernehmer das Inventar erst während der Pachtzeit erwarb, verneinte das RG die Frage, ob dadurch eine Änderung der Rechtsnatur des Überlassungsvertrages über die Räume eingetreten sei[2].

Da sich aus diesen Entscheidungen keine neuen Gesichtspunkte ergeben, soll auf eine nähere Besprechung dieser Fälle verzichtet werden.

---

1) Ausgenommen nur die auf S.37 besprochene Entscheidung des 3. Sen., die auf den Abschluß des zweiten Vertrages abstellt.

2) RG in DWohnA 1926 S.409 und 475; in Bay.ZR 1925 S.325; RGZ Bd.114 S.243 ff. (Urteil des 3.Sen. v. 7.7.1926).

5. Widersprüche in der Rechtsprechung des RG zur Raumpacht

a) Gegenüberstellung der Rechtsprechung zum preußischen StempelsteuerG und zur Notgesetzgebung

Die bisherige Untersuchung ergab, daß die Rechtsprechung des RG ihren Ausgangspunkt zur Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken in den Entscheidungen zum preußischen StempelsteuerG nahm[1]. Diese Rechtsprechung geht in der Annahme von Pachtverhältnissen sehr weit. In diesen Entscheidungen wurde erstmalig der Begriff "Raumpacht" gebraucht. Wie noch darzulegen sein wird, hatte die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des BGB in diesen Fällen stets Raummiete mit Inventar angenommen. Als das RG nunmehr den Begriff der Raumpacht prägte, waren die Folgen der damit verbundenen Ausdehnung des Pachtbegriffes ausgesprochen fiskusfreundlich, den Vertragspartnern dagegen zum Nachteil; vor allem für den Verpächter, den die Pflicht zur Steuerzahlung in erster Linie traf[2]. Ursprünglich war in der Regierungsvorlage des StempelsteuerG eine Ermäßigung der Steuer für Mietverträge nicht vorgesehen[3]. Die dennoch eingeführte Ermäßigung sollte jedermann, nicht nur Fabrikanten, Handwerkern, Kaufleuten, Künstlern, Anwälten und Ärzten zukommen, der Räume, die ausschließlich oder zumindest überwiegend beruflichen Zwecken zu dienen bestimmt waren, mietete. Eine Begründung für diese Regelung wurde nicht gegeben[4]. Doch kann man aus den Ausführungen von Heinitz den Schluß ziehen, daß diese Regelung im Interesse des "Mittelstandes" erfolgte, dem eine hohe Urkundensteuer erspart bleiben sollte. Unterstellt man dem Gesetzgeber des StempelsteuerG diese Absicht, so ist die Rechtsprechung des RG zu diesem Gesetz schwer verständlich, da sie diesen sozialen Erwägungen des Gesetzgebers zuwiderlief; denn mit der Schaffung des Begriffes der Raumpacht - dieser Begriff ist in der ausführli-

1) s.o.S.18 ff.; RG in Gruch.Bd.57 S.682 ff.

2) Unverständlich ist die These Ruths - in Festgabe S.4 -, die Ausdehnung des Pachtbegriffes sei für den Steuerpflichtigen vorteilhaft.

3) Heinitz S.1016 Nr.5 (auch zum folgenden).

4) Heinitz a.a.O.

5) a.a.O.

chen Tarifstelle 48 nirgends erwähnt - war zwangsläufig eine Ausdehnung des Pachtbegriffes verbunden. Das RG nahm daher auch dann Pacht an, wenn der Gesetzgeber den kleineren "Unternehmern" die volle Steuer ersparen wollte, indem diese Fälle als Raummieten steuerlich begünstigt werden sollten.

Eine erneute Ausdehnung des Pachtbegriffes trat ein, als das RG[1] Pacht auch dann annahm, wenn das in den Räumen vorhandene Inventar einem Dritten gehörte. Auch diese Entscheidung erging zum preußischen StempelsteuerG[2]. Somit war die weiteste Ausdehnung des Pachtbegriffes schon vorhanden, als durch die Notgesetzgebung zum Mietrecht die zweite Welle von Entscheidungen ausgelöst wurde. Am Ausgang dieser jüngeren Rechtsprechung bestand also ein außerordentlich weit gefaßter Pachtbegriff[3].

Dieser weite Pachtbegriff mußte unter der Notgesetzgebung, die ursprünglich nur den Raummieter schützte, wäre er uneingeschränkt angewandt worden, zu unerträglichen Härten für den Rauminhaber führen, denn er war damit Preiserhöhungen und Kündigungen seitens des Raumeigentümers - gerade bei der großen Raumknappheit - schutzlos ausgeliefert.

Das RG[4] versuchte ein Regulativ zu finden, das den Pachtbegriff wieder

---

1) z.B. in Warn.Rspr.1915 Nr.217 (Urt.v.7.5.1915).

2) Das preußische StempelsteuerG wurde, wie auch die anderen landesrechtlichen Stempelsteuergesetze, durch das am 5.5.1936 in Kraft tretende Reichsurkundengesetz ersetzt (s. Eiffler, Einl. S.32 Ziff.2). § 13 Abs.5 Nr.3 des Gesetzes bestimmte grundsätzlich, daß die Urkundensteuer für beurkundete Miet- und Pachtverträge gleich hoch sein sollte (Eiffler Anm.22 zu § 13). Einem besonderen Steuertarif unterlagen nach § 13 Abs.5 Nr.1 und 2 nur Jagdpachtverträge und Pachtverträge über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, sowie über grundstücksgleiche Rechte.

3) Auch in der Lehre wird verschiedentlich von einem erweiterten Begriff der Pacht auf Grund dieser Rechtsprechung gesprochen; z.B. Ihrcke und Hein in einer Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1927 S.2507 f. Nr.13; Warn. in JW 1924 S.3217 ff.

4) z.B. RGZ Bd.109 S.206 (3.Sen. v. 18.11.1924).

einschränkte, ohne die bisher aufgestellten Grundsätze für die Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken aufzugeben. Dieses Regulativ sah das RG in einem "Zusammenhang" zwischen Raum- und Inventarüberlassung[1]. Aber dieses Regulativ entwertete das RG selbst, indem es nach wie vor in den meisten Fällen davon ausging[2], dieser Zusammenhang ergäbe sich gewissermaßen von selbst[3]. Auf die sich daraus ergebenden Folgen weist Ruth hin[4]: Der Übernehmer werde es vorziehen, einen Raum möglichst mangelhaft eingerichtet zu übernehmen, der Eigentümer dagegen werde, um die Vorteile der Pacht (kein Kündigungs-, Preis- und Abschlußzwang) zu genießen, möglichst nur komplett eingerichtete Räume überlassen wollen. Da er bei der allgemeinen Raumknappheit schließlich der wirtschaftlich Stärkere bleibe, führe der weite Pachtbegriff zu einem geringen Schutz des sozial Schwächeren. Am Anfang der Notgesetzgebung ist die Rechtsprechung daher eher mieterschutzfeindlich als -freundlich[5].

Eine weitere aus dieser Rechtsprechung folgende Konsequenz war, daß auf den Vertragswillen der Parteien überhaupt nicht mehr abgestellt wurde, sondern daß ausschlaggebend allein wirtschaftliche Gesichtspunkte waren.

Hatte der Inhaber für den Betrieb eines bestimmten Gewerbes eingerichtete Räume übernommen, so beurteilte, wenn er das vorgesehene Gewerbe in den Räumen tatsächlich ausübte, das RG dieses Rechtsverhältnis als Pacht, ohne Rücksicht darauf, ob dem Inhaber überhaupt vertraglich ein Fruchtziehungsrecht eingeräumt worden war. Da das RG es ablehnte, den Ausgangspunkt seiner Rechtsprechung zu überprüfen, vielmehr von dessen Richtigkeit und Unantastbarkeit überzeugt war[6], wurden die Gegensätze Mieterschutz einerseits und weiter Pachtbegriff andererseits immer schwerer zu überbrücken, die Begründung für die Annahme einer Raummiete im

1) Dazu oben S. 55 ff.
2) Ruth, Festgabe S.4 f.
3) RG in JW 1927 S.1469 Nr.7.
4) a.a.O. S.4; kritisch auch Hertel S.520.
5) Ruth, Festgabe S.5.
6) So ausdrücklich RG in JW 1928 S.2517 Nr.3.

Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung immer fadenscheiniger[1], die Rechtsprechung immer schwankender und sie endete schließlich in einer allgemeinen Unsicherheit für die Beteiligten. Am Ende war es reine Glückssache, ob das RG Raummiete und damit Mieterschutz für den Inhaber, oder Raumpacht, und damit keinerlei Schutz für den Inhaber, annahm. Besonders deutlich zeigte sich das Bestreben, den Pachtbegriff einzuengen, bei der Überlassung von Läden - dazu oben S.38 ff. -, wo bereits auf diese Fälle eingegangen ist.

Es wurde bereits nachgewiesen, daß Räume als Quelle von Früchten nur denkbar sind, wenn sie auf Grund einer Weiterüberlassung mittelbare Sachfrüchte gewähren[2]. Einem Pächter gewähren Räume nur dann unmittelbare Rechtsfrüchte gemäß § 99 Abs.2, wenn er die Räume mit der Berechtigung erhält, über die bloße Gebrauchsnutzung hinaus auch Früchte aus ihnen zu ziehen, was wiederum nur durch ihre Weiterüberlassung geschehen kann.

Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung für die Abgrenzung von Miete und Pacht war somit verfehlt, und das RG konnte die durch die Notgesetzgebung entstehenden Schwierigkeiten auf dieser Grundlage nicht lösen.

b) Widersprüche in der Rechtsprechung hinsichtlich der Raumüberlassung mit im Eigentum eines Dritten stehenden Inventar

Während die Lehre überwiegend den Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Miete und Pacht grundsätzlich akzeptierte, setzte heftige Kritik ein, als das RG in einem Überlassungsvertrag auch dann Raumpacht sah, wenn das in den Räumen vorhandene Inventar bei der Überlassung einem Dritten gehörte, oder vom Übernehmer käuflich erworben wurde oder auch in den Fällen einer nachträglichen Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse.

---

1) Beispielsweise bei RG in Warn.Rspr. 1929 Nr.108; RGZ Bd.109 S.206 ff.; RG in JW 1929 S.3217; RG in JW 1928 S.2517 Nr.3.

2) Näheres unten S.102 ff.

Außer der oben - S.69 ff. - geäußerten Kritik, die auch uneingeschränkt für diese Fallgruppe zutrifft, sind gegen die Rechtsprechung in dieser Fallgruppe zwei weitere grundsätzliche Bedenken zu erheben. Einmal erscheint fraglich, ob der Verpächter in diesen Fällen wirklich den Fruchtgenuß gewähren kann, ob er überhaupt einen fruchttragenden Gegenstand überläßt[1], zum andern fragt sich, wie das Rechtsverhältnis zu dem das Inventar gewährenden Dritten im Verhältnis zum Pachtvertrag mit dem Raumeigentümer rechtlich zu qualifizieren ist[2].

aa) Der Begriff der fruchttragenden Sache in diesen Fällen

Die ersten Bedenken gegen diese Rechtsprechung wurden von Crohne[3] und Wameyer[4] geäußert.

Das Hauptargument Crohnes gegen die Annahme von Raumpacht in diesen Fällen zielte dahin, daß gemäß § 581 der Verpächter den Fruchtgenuß zu gewähren habe. Das wiederum sei nur der Fall, wenn der Verpächter auch alle Vorbedingungen schaffe, damit der Pächter auch tatsächlich in den Fruchtgenuß kommt. Weder in den Fällen, da der Verpächter dem Pächter das Inventar verkaufe, noch dann, wenn ein Dritter es dem Pächter überlasse, könne man davon sprechen, daß der Verpächter den Fruchtgenuß gewähre. Dieser überlasse in diesen Fällen ausschließlich die leeren Räume. Dieser Kritik schloß sich die Lehre überwiegend an[5].

Crohne[6] weist darauf hin, daß die Ansicht zu dem seltsamen Ergebnis führe, wenn ein "Pächter" am 2. das Inventar kaufte und erhielte und am 3. einen Überlassungsvertrag mit dem "Verpächter" schließe, dann handele es sich

1) Ruth in AcP Bd.124 S.337.
2) Mittelstein-Stern S.43.
3) in JW 1914 S.792 f.
4) in JW 1929 S.3217 ff.
5) z.B. Ihrcke und Hein in Anm. zu RG in JW 1927 S.2507 Nr.13; Warn. a.a.O.; Kiefersauer in LZ 1930 S.1482 ff.; Oertmann Anm.5 vor § 581; Mittelstein-Stern S.42; Ruth Festgabe S.3 f.
6) Anm.6 s. S.75.

um einen Pachtvertrag, da ein betriebsfertiger Raum überlassen wird. Schließt der "Pächter" aber den Überlassungsvertrag 10 Tage vorher, so ist von dem Inventar und der Betriebsfertigkeit der Räume nicht mehr die Rede. Noch weitergehend weist Oertmann[1] darauf hin, daß diese Betrachtungsweise des RG eine rein wirtschaftliche sei. Zwar sei der Zweck der Verträge derselbe, ob nun dem Verpächter oder einem Dritten das Inventar gehöre, aber rechtlich handele es sich um verschiedene Verträge. Es sei nicht zwingend, zwei Rechtsgeschäfte rechtlich gleich zu behandeln, weil zwar ihr Zweck identisch, die rechtlich angewandten Mittel aber grundverschieden seien.[2]

Richtig an dieser Kritik ist, daß der "Verpächter" in den zur Debatte stehenden Fällen, da ein Dritter das Inventar gewährt, keinen Fruchtgenuß ermöglicht. Aber auch diese Kritik übersieht, daß der Ausgangspunkt beider Rechtsinstitute verfehlt ist. Die Kritik erkennt nicht die Kernfrage, was sind Früchte eines Raumes und wie verhalten sich die Räume als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Übernehmer aufgewendeten Arbeit? Damit zusammen hängt die Frage, wann die Erträge "das Ergebnis der persönlichen Tätigkeit des Pächters sind" [3].

Schließlich weisen mehrere Autoren darauf hin, daß in den Fällen, da ein Dritter das Inventar gewährt, der Pächter ungebührlich belastet sei, müsse er doch außer dem Zins für die Räume auch noch an den Dritten ein Entgelt zahlen [4]. Dieses Argument erscheint indes weniger stichhaltig, da der Inhaber für das überlassene Inventar stets zu zahlen haben wird; beim Verfügungsberechtigten z.B. in Form eines Pachtzinsaufschlages.

---

6) Crohne in JW 1924 S.793.

1) Anm.5 vor § 581.

2) Oertmann a.a.O. und in EA 1928 S.676 ff.

3) Ruth in AcP Bd.124 S.337 f. und in Anm. zu RG in JW 1924 S.802 ff. S.u. S.75; Ruth erkennt in beiden Fällen klar die Problematik, rückt jedoch von seiner Ansicht unter dem Druck der ständigen Rechtsprechung von seiner Auffassung ab; dieses ausdrücklich in Festgabe S.3.

4) Ihrcke a.a.O.

bb) Das Verhältnis von Inventar- und Raumüberlassungsvertrag

Weiter wird der Einwand erhoben, in den Fällen, da ein Dritter dem Pächter das Inventar überlasse, entstehe neben dem Raumüberlassungsvertrag zwischen Pächter und Verpächter noch ein zweiter Überlassungsvertrag zwischen dem Pächter und dem Eigentümer des Inventars. Die Abmachungen zwischen den letzteren könnten nicht zur Qualifikation - zu seiner Ausfüllung oder Ausgestaltung - herangezogen werden, denn "der Inhalt eines Rechtsverhältnisses könne nicht noch für ein zweites, fremdes bestimmend werden"[1]. Es sei im eigenen Rechtsverhältnis verbraucht. Inwieweit dieses Argument in seiner weiten Formulierung Allgemeingültigkeit beanspruchen kann, erscheint zweifelhaft. Doch kann diese Frage hier auf sich beruhen, da ihre Untersuchung im Hinblick auf das Ziel dieser Arbeit nicht weiterführt.

Ein Pachtverhältnis setzt weiter voraus, daß das, was der Pächter vom Verpächter erhält, als Pachtsache anzusehen ist und diese nach Ablauf der Pachtzeit an den Verpächter zurückzugewähren ist. Das wiederum bedeutet, daß eine fruchttragende Sache vom Verpächter an den Pächter überlassen werden muß[2]. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn das Inventar als Hauptmoment für die Ertragsfähigkeit von Räumen angesehen wird. Insofern ist die Rechtsprechung in sich widersprüchlich. Wesentlich für die Ertragsfähigkeit und damit für die Fruchtgewinnung ist nach Ansicht des RG die bauliche Beschaffenheit eines Raumes sowie der Stand seiner Einrichtung für ein bestimmtes Gewerbe. Die Vollständigkeit dieser Einrichtung ist nach Auffassung des RG entscheidend dafür, ob die Räume als unmittelbare Quelle von Erträgen anzusehen sind oder nicht. Gewährt aber der Verpächter gerade den für die Fruchtziehung entscheidenden Umstand - nach dem RG das Inventar - nicht, so gewährt er keine Pachtsache,[3] weil er eben keine fruchttragende Sache überläßt. Wie

1) Mittelstein-Stern S.43; dies ist jedoch im Grunde nur eine andere Formulierung der von Oertmann - oben S.74 und Anm.5 daselbst - vorgebrachten Kritik.

2) Auch Ruth in Mietrecht S.94 sowie in AcP Bd.124 S.337 f.

3) Warneyer in JW 1929 S.3217 und die dort zitierten Entscheidungen der Berliner Gerichte.

soll außerdem der Verpächter, wenn er nicht das Inventar gewährt, als "Verpächter" gemäß § 581 Abs.2 in Verbindung mit § 537 für etwaige Mängel daran einstehen?

Die Rechtsprechung in diesen Fällen ist daher nicht nur dogmatisch in ihrem Ausgangspunkt verfehlt, sondern auch gesetzwidrig[1]. Bei der Kritik dieser Rechtsprechung ist ferner darauf hinzuweisen, daß das RG nie eine Begründung für seinen Standpunkt gegeben hat[2].

c) Widersprüche in der Rechtsprechung zu den Fällen mit nachträglichen Änderungen von Tatbestandsmerkmalen[3]

Auch die Rechtsprechung des RG zu den Fällen, da im Verhältnis zwischen dem Rauminhaber und dem Verfügungsberechtigten rechtliche oder tatsächliche Veränderungen eintraten, z.B. wenn ein Dritter in den Vertrag des Inhabers eintritt, zeigt wiederum, daß der Ausgangspunkt der Rechtsprechung verfehlt war. Übernahm beispielsweise jemand ein zwar baulich zu einem bestimmten Gewerbe geeigneten aber unzureichend eingerichteten Raum, so wurde dieser Vertrag - richtig - als Miete angesehen. Schied nunmehr der Inhaber aus dem Vertrage aus und schloß der Verfügungsberechtigte einen neuen Raumüberlassungsvertrag mit einem Dritten, so sollte dieser Vertrag ebenfalls ein Mietvertrag sein, weil der rechtliche Charakter des ursprünglichen Vertrages bestehen bleibe, obwohl der Dritte, der das Inventar von seinem Vorgänger erwarb, außer den nunmehr tatsächlich komplett eingerichteten Räumen auch noch eine Stammkundschaft etc., also auch "weitere Geschäftswerte" übernahm. Die einzige Erklärung dafür, daß das RG in dieser späteren Rechtsprechung eine Raumpacht verneinte[4], eine Unternehmenspacht gar nicht erst erwog, lag darin, daß das

1) Oertmann Anm.5 vor § 581 und in EA 1928 S.675; Warneyer a.a.O.
2) In diesem Sinne auch das bei Warneyer in JW 1929 S.3217 wörtlich zitierte Urteil des LG I Berlin vom 23.5.1928.
3) s.o. S. 62 ff. Hierzu insbesondere die Ausführungen Ruths in einer Anmerkung zu dem in JW 1929 S.3227 unter Nr.4 abgedruckten Urteil des RG.
4) z.B. RG in JW 1929 S.3227; in LZ 1929 S.1267; in RGZ Bd.125 S.128 ff.

RG mieterschutzfreundlich entscheiden und unbillige soziale Härten vermeiden wollte[1].

Nach der früheren Auffassung des RG übernahm der Dritte Räume, die fertig eingerichtet an Dritte weiter überlassen werden konnten, in denen das vorgesehene Gewerbe vom Dritten ausgeübt wurde, die zur "unmittelbaren Quelle von Erträgen" wurden und dem Inhaber somit auch "Früchte" lieferten. Aber selbst wenn man das neue Ergebnis des RG, Miete, vom Gedanken einer sozialen Billigkeit her akzeptieren wollte, wäre diese Lösung ein sehr zweischneidiges Schwert, wie Ruth nachweist[2]: Wäre nämlich der erste Vertrag ein Pachtvertrag und lehnte der neue Inhaber eine Inventarübernahme ab, weil er eigenes Inventar mit in die Räume bringen will, so wäre auf Grund dieser Rechtsprechung, wonach der Charakter des ursprünglichen Vertrages durch den Eintritt eines anderen unbeachtlich bliebe, konsequent wiederum Pacht anzunehmen.

Die Rechtsprechung des RG zu diesen Fällen übersieht, daß wenn später ein Dritter in den Überlassungsvertrag eintritt, grundsätzliche Veränderungen der äußeren Umstände eingetreten sind. Auch nach Auffassung des RG liegt, wenn die Räume nur unzureichend eingerichtet sind, im ersten Überlassungsvertrag Miete vor. Der Inhaber aber baut inzwischen ein Unternehmen auf, das ihm gehört. Tritt nun ein Dritter in den Raumüberlassungsvertrag ein, so bleibt, wenn mit dem Inhaber nichts Besonderes vereinbart ist, dieser weiter Verfügungsberechtigter über das von ihm aufgebaute Unternehmen. Der Dritte übernimmt dann ebenfalls nur die Räume. Im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem über die Räume Verfügungsberechtigten kann daher wiederum nur ein Mietvertrag geschlossen werden.

Dagegen ist ein Pachtverhältnis dann anzunehmen, wenn der Inhaber das Unternehmen an den über die Räume Verfügungsberechtigten veräußert, dieser nunmehr Unternehmensinhaber ist und es dem Dritten zusammen mit den Räumen überläßt. Bleibt der Verfügungsberechtigte dagegen Inhaber des Unternehmens, so bedarf es zwischen ihm und dem Dritten einer besonderen Vereinbarung (Kauf oder Pacht) über die Unternehmensübernahme, wenn

1) Ruth a.a.O.
2) a.a.O.

der Dritte dieses fortführen will oder soll. Über den hiervon zu scheidenden Sonderfall, daß während der Laufzeit einer Unternehmenspacht mit Räumen das Grundstück verkauft wird, ist an anderer Stelle einzugehen - unten S.152 ff..

III. Die Übernahme von Unternehmen[1)]

1. Kritische Darstellung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Abgrenzung von Raum- und Unternehmenspacht

Daß ein "Unternehmen" Gegenstand eines Pachtvertrages sein kann, ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt[2)]. Beiläufig bejahte das RG in der ersten, 1912 erlassenen grundsätzlichen Entscheidung zur Abgrenzung von Miete und Pacht[3)] die Unternehmenspacht, indem es gleichzeitig auch zum ersten Mal den Begriff des Unternehmens umschreibt. Das RG[4)] stellt die Raumpacht der Unternehmenspacht als selbständige Form gegenüber, wenn es feststellt, Pacht liege nicht nur vor, wenn ein fertig eingerichtetes Hotel überlassen werde, "wenn gleichzeitig mit den eingerichteten Baulichkeiten ein schon bestehender, an diese geknüpfter wirtschaftlicher Organismus (das vorhandene Handelsgeschäft, das im Betrieb befindliche Hotel oder Theater) zum Weiterbetrieb überlassen" werde, sondern eben auch dann, wenn der Pächter diesen "wirtschaftlichen Organismus erst durch eigene Tätigkeit zu schaffen" habe. Diesen Gedankengang präzisiert das RG kurz darauf in seiner nächsten bedeutsamen

---

1) s. auch schon oben S.23 ff.

2) So beschäftigt sich z.B. das ROHG in einer Entscheidung vom 17.10.1876 ROHGE Bd.21 S.176 mit der Unternehmenspacht. Nach Inkrafttreten des BGB bejaht zuerst das OLG Braunschweig (am 12.10.1900, in Seuff. A. Bd.56 S.307 Nr.174) die Zulässigkeit der Unternehmenspacht. Das OLG beruft sich dabei auf noch ältere Entscheidungen von 1837 und 1861; Mit der Unternehmenspacht beschäftigt sich das RG in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung vom 24.11.1903 (in JW 1903 S.34), die aber leider zu unvollständig veröffentlicht ist, um verwertet werden zu können.

3) RG in Gruch. Bd. 57 S.684, oben S.18 ff.

4) a.a.O. S.684.

Entscheidung[1], wo es den Terminus Unternehmen benutzt, um dieses als "ein an diese - d.h. Räume - geknüpften wirtschaftlichen Organismus" zu bezeichnen, z.B. ein schon bestehendes Handelsgewerbe (§ 22 Abs.2 HGB) usw.

Zwar wird das Unternehmen als Pachtobjekt in § 581 nicht erwähnt, doch folgern Rechtsprechung[2] und Lehre[3] aus einigen gesetzlichen Bestimmungen, wie beispielsweise § 182 Ziff.4 ("Pachtvertrag über einen gewerblichen Betrieb"), § 22 Abs.2 HGB ("... ein Handelsgeschäft ... Pachtvertrages übernommen ..."), ferner § 151 Abs.2 VVG, § 134 Nr.1 KO, daß diese Bestimmungen als "gesetzliche Belege"[4] für die Zulässigkeit einer Unternehmenspacht anzusehen sind.

Bemerkenswert an diesen Entscheidungen erscheint, daß das RG das Unternehmen als einen "an diese Räume geknüpften wirtschaftlichen Organismus" ansieht. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß es die Räume als unerläßliches Iriterium des Unternehmens ansieht. Für diese Annahme spricht auch noch die bereits erwähnte ältere Entscheidung des RG vom 10.11.1909[5], wo es von den "den wirtschaftlichen Organismus bildenden Räumen" spricht.

Andererseits trennt das RG aber auch die eingerichteten Räume von dem wirtschaftlichen Organismus[6].

Daraus könnte man folgern, daß die Räume nach Auffassung des RG kein für den Begriff des Unternehmens wesentliches Kriterium sind[7].

Diese Auffassung ist wiederum nur eine Bestätigung der vom RG[8] in einem

1) RGZ Bd.81 S.25 vom 26.XI.1912.
2) So die hier angeführten Entscheidungen.
3) Mittelstein-Stern S.27 ff.; Kohler in AcP Bd.71 S.397 ff.; Pisko in Ehrenbergs Handbuch Bd.2 Teil 1 § 29; in der neueren Literatur Staudinger-Kiefersauer in Anm.13 zu § 581; Enneccerus-Lehmann § 137 I; Esser S.565.
4) Mittelstein-Stern S.27 in Anm.46.
5) Warn.Rspr. 1914-15 Nr.47 S.62.
6) So in Gruch. Bd.57 S.684 ff.; RGZ Bd.81 S.24 f.
7) So in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160; HRR 1925 Nr.1335.
8) RGZ Bd.70 S.21 ff. (Urteil des 7.Sen. v. 30.10.1908).

früheren Urteil allgemein umrissenen Grundsätze für die Unternehmenspacht.

Grund für diesen Rechtsstreit war die Tarifstelle 48 des preußischen StempelsteuerG. Gegenstand des Überlassungsvertrages war die entgeltliche Überlassung des Inseratenteils einer Zeitung. Zunächst begründete das RG die Zulässigkeit der Unternehmenspacht, indem es auf die bereits erwähnten gesetzlichen Bestimmungen verweist - oben S. .

Das RG nimmt an, in diesen Bestimmungen sei die Unternehmenspacht für zulässig erachtet worden, weil ein Handels- oder Gewerbebetrieb auf Grund der in ihm ausgeübten Tätigkeit, die teils auf rechtlichem, teils auf tatsächlichem Gebiet liegt, Erträge abwerfe. Es sei die Bestimmung eines Betriebes, seinem Inhaber das Erzielen von Gewinnen zu ermöglichen. Das beruhe letztlich darauf, daß der Betrieb "nicht nur ein Inbegriff von Sachen und Rechten", sondern auch aus den "tatsächlichen Möglichkeiten, den sogenannten "Chancen" bestehe, die der Übernehmer durch seine Tätigkeit ausnutzen könne. Aus den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen folge, daß das positive Recht damit anerkennen wolle, der in diesem Sinne gekennzeichnete Betrieb, d.h. "die in ihm wohnende Ausnutzungsfähigkeit" könne veräußert und verpachtet werden.

Der neue Inhaber, der Pächter, betreibe das Geschäft oder Gewerbe "auf eigene Rechnung und Gefahr", indem er die im Unternehmen steckende Werbekraft nutzt.

Wörtlich fährt das RG fort: "Mag es daher auch ungenau sein, von der Verpachtung eines Betriebes (als einer Tätigkeit) zu sprechen[1)], so ist doch

1) Das RG beruft sich bei diesen Ausführungen auf Sohm - in Arch. f. bürg. R. Bd. 28 S. 181 Anm. 6 -. Sohm weist darauf hin, daß "die Tätigkeit des Betriebes" das Wesen des Geschäftes" ausmache. Der Pächter betreibe sein Geschäft als eigenes. Der Pächter eines Handelsgeschäftes sei daher auch nicht mehr ein an einem fremden Handelsgeschäfte Nutzungsberechtigter. Daraus folgt nach Sohm, daß die Pacht eines Handelsgeschäftes nicht als solche im Sinne von §581 ff. angesehen werden könne, sondern nur ein ähnliches Rechtsgeschäft sei. Das Handelsgeschäft sei kein "Gegenstand". - Diese überspitzte Auffassung Sohms erklärt sich durch seine Interpretation des Begriffes Gegenstand. Da diese Frage hier keine Rolle spielt, wird auf sie nicht weiter eingegangen. Vgl. jedoch gegen Sohm Binder in ZHR Bd. 59 S. 1ff.

ersichtlich, was damit gemeint ist, genauer wird man als den Gegenstand der Pacht das Unternehmen oder Gewerbe oder das Geschäft zu bezeichnen haben."

Daneben soll nach Ansicht des RG auch ein Teil eines Gewerbebetriebes verpachtbar sein, wenn er sich vom Hauptbetrieb "als besonderer Gegenstand der Nutzung trennen und selbständig machen läßt". Diese Ausführungen des RG, so schwerfällig und schwer verständlich sie auch sind, ergeben, daß für den Begriff der "Unternehmens"-pacht es nicht entscheidend darauf ankommen soll, daß körperliche Gegenstände überlassen werden, als vielmehr, daß ein ausnutzungsfähiges Konglomerat von rechtlichen und tatsächlichen Mitteln und Möglichkeiten überlassen wird.

In diese Richtung zielt auch eine spätere Entscheidung des 7. Senats in einem Urteil vom 6.6.1913[1]: Gegenstand eines Überlassungsvertrages war, wie dessen Überschrift gesagte, "der gewerbliche Betrieb des öffentlichen Anschlagwesens" in Berlin. In jedem Stadtbezirk sollten Anschlagsäulen stehen, die dem Übernehmer lt. Vertrag zur Benutzung überlassen wurden. Grund des Rechtsstreites war wiederum die Tarifstelle 48 des preußischen Stempelsteuergesetzes.

Das RG hatte zunächst die Frage untersucht, ob nicht die Anschlagsäulen als bewegliche Sachen vermietet waren. Nachdem es dies verneint hatte, wandte es sich der Frage zu, ob sie evtl. als unbewegliche Gegenstände Objekte eines Pachtvertrages waren. Auch das verneint das RG. Es prüft abschließend, ob es sich nicht um Unternehmenspacht handelt und bejaht diese Frage[2]. Denn Gegenstand des Vertrages sei das öffentliche Anschlagwesen der Stadt Berlin, ein "Unternehmen"[3].

"Die körperliche Grundlage dieses Organismus" bestehe zwar auch aus den Anschlagsäulen, aber dazu gehörten auch "die sonst zum Betriebe erforderlichen Gebrauchsgegenstände und Geschäftsräume". Diese körperlichen Ge-

1) RGZ Bd.82 S.340 ff.

2) a.a.O. S.342 f.

3) Auch in der Entscheidung a.a.O. S.342 in Anführungszeichen; vgl. hierzu die Entscheidung des BGH in NJW 1952 S.620.

"Die körperliche Grundlage dieses Organismus" bestehe zwar auch aus den Anschlagsäulen, aber dazu gehörten auch "die sonst zum Betriebe erforderlichen Gebrauchsgegenstände und Geschäftsräume". Diese körperlichen Gegenstände seien aber nur als "ein äußerliches Mittel zur Erreichung des geschäftlichen Zweckes des Unternehmens" anzusehen. Bei dem Überlassen des Anschlagwesens sei vielmehr die für den Erwerber entstehende Möglichkeit, mittels der durch die bestehenden Einrichtungen geschaffenen und durch bisherige Übung gefestigten geschäftlichen Beziehungen, selbst "in geschäftliche Beziehungen" zu Interessenten und Publikum zu treten, wesentlich. Hinzu komme für den Erwerber die Möglichkeit, "frühere Bezugsquellen, Abnehmerkreise und aus der Ausnutzungsfähigkeit der im Publikum bekannten Einrichtung in ihrer Gesamtheit" Vorteile zu ziehen. Gegenüber dieser Möglichkeit tritt nach Ansicht des RG die Tatsache ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zurück, "das körperliche Gegenstände, nämlich die Oberfläche der Anschlagsäulen und damit auch der Gebrauch der durch die Anschlagsäulen bedeckten und damit dem Gemeingebrauch entzogenen Teile der öffentlichen Straßen und Plätze" überlassen werden.

Gegenüber den erörterten Fällen der Raumüberlassung fällt an diesen Entscheidungen auf, wie sehr das RG die Tätigkeit des Übernehmers (Pächters) betont. Es drängt sich die Frage auf, ob dieser Fall wirklich so viel anders liegt als die Fälle der Raumüberlassung. In beiden Fällen sind körperliche Gegenstände zur Ausübung des beabsichtigten Gewerbes unerläßlich. Die Anschlagsäulen müssen vorhanden und soweit hergerichtet sein, daß die Anschläge ohne weiteres darauf zu kleben sind. Weiter sind aber auch Räume erforderlich, in denen der Übernehmer Aufträge entgegennehmen kann und Verträge schließt. Auch diese Büroräume können wie die Säulen schlechter oder besser hergerichtet sein. Gerade ohne die körperlichen Gegenstände ist auch hier für den Übernehmer keine Möglichkeit gegeben, Erträge zu erzielen. Dennoch legt das RG bei seiner Entscheidung das Schwergewicht auf die "Chancen"[1], die dem Inhaber Gewinn verschaffen, denen gegenüber die "Tatsache, daß körperliche Gegenstände überlassen werden", in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zurücktreten soll.

1) RGZ Bd. 70 S. 23.

Wie anders hatte das RG doch bei der Raumüberlassung entschieden[1]: Wirklicher Vertragsgegenstand sind die "körperlichen Unterlagen", nicht das gewerbliche Unternehmen des Gastwirtschaftsbetriebes. Eine weitere Akzentverschiebung bedeutet es, wenn das RG an anderer Stelle[2] bei einem Überlassungsvertrag über Garderobenräume zur Frage, ob die Räume oder der Garderobenbetrieb Gegenstand der Überlassung sei, feststellt: Nicht die Garderobenräume - die fertig eingerichtet überlassen wurden - sind es, die vermöge ihrer Einrichtung und Ausstattung Früchte tragen, wie dies ein eingerichteter Gasthof oder Laden tut, sondern nur der ein zahlreiches Publikum hereinführende Hauptbetrieb wirft neben anderen Früchten nebenbei auch noch die Garderobengebühr und einen daraus erwachsenden Gewinn ab.

Mag dieser Fall auch besonders gelagert sein, dadurch, daß mit der Ausübung des Garderobenbetriebes nur ein Betrieb im Betriebe - es handelt sich um die Berliner Sportpalastbetriebe - überlassen wurde. Dennoch ist seine Lösung mit der übrigen Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen. Daß komplett eingerichtete und baulich geeignete Räume überlassen werden, läßt das Gericht für die Frage, was hier dem Pächter den Fruchtgenuß ermöglichte, völlig außer Betracht. Es stellt vielmehr fest, "nicht die Räume sind es, die vermöge ihrer Einrichtung und Ausstattung Früchte tragen, sondern andere Faktoren".

Es fällt auf, daß das RG in den zahlreichen Fällen der Raumüberlassung, die hier zitiert wurden, in denen ein vorhandener Betrieb überlassen wurde, auf die Frage, ob es sich nicht um Unternehmenspacht handelt, gar nicht eingeht, sondern seine Entscheidung, ob Miete oder Pacht vorliegt, ganz allgemein davon abhängig macht, ob die Räume die erforderliche bauliche Beschaffenheit und innere Einrichtung besitzen. Das RG beschränkt sich sodann auf die Feststellung, daß Raumpacht vorliegt oder nicht.

Die Ursache hierfür ist wohl darin zu sehen, daß das RG die von ihm vorgenommene Unterscheidung von Raum- und Unternehmenspacht nicht konsequent durchführt, sondern es an einer klaren Abgrenzung beider Begriffe fehlen läßt.

---

1) RGZ Bd.81 S.32 ff. (27!).
2) RGZ Bd.97 S.166 ff. (170!), 3.Sen. am 18.11.1919.

Insbesondere erscheint der Begriff des Unternehmens bei der Abgrenzung von Miete und Pacht trotz aller Bemühungen des RG nicht hinreichend bestimmt. Bezeichnend ist ein Urteil des 3. Senats vom 16.3.1926[1], wo das RG die Frage, ob ein vorhandener Betrieb übernommen und fortgeführt wird, gar nicht berührt, es auch völlig offen läßt, welche Pachtart seiner Ansicht nach vorliegt. Entscheidend ist nach diesem Urteil allein, "daß es sich um die Überlassung eines gewerblich eingerichteten Unternehmens handelt, daß betriebsfertige Räume überlassen werden, die es dem Übernehmer ermöglichen, aus dem wirtschaftlichen Organismus, der mit dem gesamten Unternehmen verbunden ist, alsbald einen Ertrag in Gestalt bürgerlicher Früchte zu ziehen". Es handelt sich um einen Fall einer Schankwirtschaft mit Saal und Inventar, das der Pächter während der Pachtzeit kaufte. Man kann auch aus dieser Entscheidung nur den Schluß ziehen, daß das RG auch dann schon ein Unternehmen als vorliegend ansieht, wenn ausschließlich zum Betrieb eines Gewerbes eingerichtete Räume überlassen werden. Mit dieser Auffassung stimmt auch die mehrfach zitierte Entscheidung des RG vom 10.11.1914 überein, wonach die Räume den wirtschaftlichen Organismus bilden[2].

Widersprüche und Zweifel ergeben sich auch aus anderen Entscheidungen[3], wo das RG darauf abstellt, nicht das "gewerbliche Unternehmen", sondern die "körperlichen Unterlagen" seien Hauptgegenstand der Überlassung. Der Begriff des Unternehmens bedarf daher noch einer schärferen Bestimmung[4].

Es drängt sich die Vermutung auf, daß das RG den Begriff des Unternehmens nicht in eindeutigem Sinne gebraucht, sondern bei der Raumüber-

---

1) in Warn.Rspr. 1926 S.165 Nr.117.

2) s.o. S. 33 ff.; RG in Warn.Rspr. 1914/15 S.62.

3) z.B. RGZ Bd.81 S.27.

4) Besonders bezeichnend ist die Entscheidung des 3.Sen. vom 22.10.1913 in Seuff.A. Bd.60 S.131 Nr.73, ein Fall, in dem eine Stehbierhalle zum Weiterbetrieb überlassen wird. Hier untersucht das RG ausschließlich, ob Raummiete oder Raumpacht vorliegt und bejaht Raumpacht. Mit der Frage, ob nicht Unternehmenspacht vorliegt, setzt es sich nicht auseinander.

lassung etwas anderes darunter versteht als bei der Überlassung "anderer" Unternehmen.[1] Weiter ist daraus zu schließen, daß u.U. eins der beiden Institute, die Raumpacht oder die Unternehmenspacht, überflüssig ist, da das RG ohne scharfe Trennung beider auskommt.

Der Frage, wann Unternehmenspacht anzunehmen ist, wendet sich das RG bewußt erst in späteren Entscheidungen zu. Anlaß für diesbezügliche Rechtsstreite bot die bereits erwähnte NotVO vom 18.12.1931 - s.o. S. 9 ff. Diese machte es erforderlich, Raum- und Unternehmenspacht eindeutig voneinander abzugrenzen. Während das RG bis dahin bei seinen diesbezüglichen Entscheidungen immer nur auf die Räume abstellte und offen ließ, ob Raum- oder Unternehmenspacht vorlag, stellte ihm nun der Gesetzgeber die Aufgabe zu unterscheiden, ob die Räume, wie das RG sonst grundsätzlich annahm, wirklich in jedem Fall die Hauptsache des Überlassungsvertrages bildeten.

Es war daher zu erwarten, daß das RG nunmehr bei der Abgrenzung auch andere Gesichtspunkte verwerten würde. Denn würde es wie bisher Raumpacht dann bejahen, wenn fertig eingerichtete Räume, in denen schon ein Gewerbe betrieben wird, zum Weiterbetrieb überlassen würden, so hatte das RG ständig im Sinne des Abs.2 des Art.9 der DurchführungsVO zu der NotVO das außerordentliche Kündigungsrecht zu gewähren.

Das RG erkannte und betonte daher das Erfordernis, nunmehr Raum- und Unternehmenspacht eindeutig voneinander abzugrenzen[2].

Bezeichnend sind drei kurz hintereinander ergangene Urteile des 8.Senats des RG[3].

Dem zweiten Urteil lag die Überlassung einer Malzfabrik zugrunde. Der Pächter hatte von dem außerordentlichen Kündigungsrecht des Art.9 der DurchführungsVO zur NotVO Gebrauch machen wollen. Der Verpächter

1) So z.B. in RGZ Bd.81 S.23 ff. gegenüber RGZ Bd.82 S.340 ff. und in Bd.70 S.21 ff.

2) RGZ Bd.138 S.200.

3) Alle in RGZ Bd.138 vom 24.11.32 S.192 ff.; vom 28.11.32 S.199 ff.; ebenfalls vom 28.11.32 S.203 ff.

erachtete die Kündigung für wirkungslos und verklagte den Pächter auf Weiterzahlung des Pachtzinses.

Das Berufungsgericht und das RG vermeinten die Wirksamkeit der Kündigung "weil Gegenstand der Verpachtung ein wirtschaftliches Unternehmen sei" und die Überlassung der Räume oder eines Gebäudeteiles nicht die Hauptleistung des Verpächters darstelle.

Im Hinblick auf Art.9 forderte das RG sodann, "für jeden einzelnen Fall die Klarstellung des Verhältnisses der Raumpacht zur Verpachtung des gesamten Unternehmens unter Heranziehung aller Umstände des Falles".

Die Tatsache, daß die Fabrik schon beinahe zum Erliegen gekommen und kaum noch Kundschaft vorhanden war, hätte nach Auffassung des RG[1] zwar Bedeutung für den Wert des Betriebes, ändere aber nichts daran, daß eine in Betrieb befindliche Fabrik, "also ein wirtschaftliches Unternehmen", verpachtet worden sei. In der Überlassung des Unternehmens sei die Hauptleistung zu erblicken, der gegenüber die Bedeutung der Räume zurücktrete.

Um die Zweifel an dieser Entscheidung zu verdeutlichen, sei die dritte Entscheidung des Senates noch einmal herangezogen[2]. Das dort vom RG Ausgeführte ist nur schwer mit den beiden grundlegenden, ebenfalls die Überlassung von Gaststätten behandelnden grundsätzlichen Urteilen des RG[3] in Einklang zu bringen.

In jenen Entscheidungen hatte das RG gerade die inneren Betriebsräume der Gaststätten für die rechtliche Einordnung des Überlassungsvertrages als nebensächlich bezeichnet. Das RG hatte ausschließlich auf den baulichen und einrichtungsmäßigen Zustand der dem Publikum zugänglichen Räume abgestellt. So hatte das RG in seinem Urteil vom 26.11.1912[4] wörtlich ausgeführt: "Erst deren - das sind die für den Aufenthalt der

1) a.a.O. S.201.
2) Diese Entscheidung wurde bereits oben S.28 ff. erörtert (RGZ Bd.138 S.203 ff.)
3) RG in Gruch. Bd. 57 S.681 ff.; RGZ Bd.81 S.23 ff.
4) RGZ Bd.81 S.23 ff.

Gäste bestimmten Räume - Vorhandensein und Beschaffenheit gewährt dem Wirte die Möglichkeit, durch den Absatz von Speisen und Getränken lohnende Einnahmen zu erzielen ... Dabei kommt es gerade auf die Einrichtung der Haupträume an, also derjenigen Räume, welche durch ihre Eigenart Gäste anziehen sollen und in denen sie verweilen sollen. Die Nebenräume (Küche, Keller und sonstige Wirtschaftsräume) dienen nicht unmittelbar als Einnahmequelle, vielmehr in der Hauptsache dazu, die Tätigkeit des Wirtes und des Personals bei der Verpflegung der Gäste zu ermöglichen."

Hier die Entscheidung des Falles allein von der zufälligen Einrichtung der Räume her, dort die Berücksichtigung der gesamten Umstände. Aber auch gegen diese neue Art, Miete und Pacht voneinander abzugrenzen, sind Bedenken zu erheben. So wies Stern[1] darauf hin, daß in dem Normalfall, in dem eine Wirtschaft zum Weiterbetrieb überlassen wird, sich die Überlassung des Unternehmens für den Pächter als Hauptsache darstellt. Alle weiteren Verpflichtungen des Verpächters seien gegenüber der Wirtschaftsüberlassung nur als Nebenleistung zu bewerten.

Zwar weist das RG diese Einwände Sterns entschieden zurück[2]. Wenn jedoch das RG bei der Frage, ob bei der Überlassung die nach der Verkehrsauffassung die Eigenart oder den Wert des Unternehmens ausmachen", letztere als die Hauptsache der Überlassung ansieht, so gibt es damit indirekt der These Sterns recht. Denn was einen Pächter reizt, eine im Betrieb befindliche Gastwirtschaft zu pachten, ist die Tatsache, daß die Wirtschaft "gut geht", daß etwas darin los ist. Die Räume haben dabei für den Pächter nur nebensächliche Bedeutung. Entscheidend für den Pächter ist bei der Übernahme der Gaststätte deren Ruf und sonstige Geschäftswerte. Ferner wird es dem Pächter darauf ankommen, die Wirtschaft unter ihrem alten Namen fortzuführen, die Stammkundschaft oder auch einen bekannten Küchenchef zu behalten.

Noch eine weitere Streitfrage wird in dieser Entscheidung - wenn auch nur am Rande - aufgeworfen: Das Berufungsgericht hatte betont, bei der Über-

1) in JW 1932 S.2059 f.
2) a.a.O. S.206.

lassung von Gastwirtschaften liege das Schwergewicht im allgemeinen bei den Räumen. Die Überlassung des Unternehmens könne erst dann als Hauptsache angesehen werden, wenn es "nach seiner Art und Einrichtung so sei, daß es auch losgelöst von den mitüberlassenen Räumen" betrieben werden könne. Als Beispiel wird ein Fabrikunternehmen genannt, "besonders, wenn es Markenartikel herstellt".

Dahinter verbirgt sich die Frage, ob zum Begriff des Unternehmens immer Räume und Grundstücke gehören[1]. Auch aus diesem Grunde ist es erforderlich, den Unternehmensbegriff genau zu untersuchen.

Offen blieb in der Rechtsprechung zur Unternehmenspacht auch, wie das RG die Erträge eines Unternehmens in den Fruchtbegriff des § 99 dogmatisch einordnen will. Auch die Frage, ob sich die Unternehmensfrüchte von denen eines Raumes unterscheiden, ist weder gestellt noch beantwortet worden. Es bleibt vielmehr der Eindruck, daß die Grenze zwischen Raum- und Unternehmenspacht flüssig ist, so daß im Einzelfall nicht sicher entschieden werden kann, ob Raum- oder Unternehmenspacht vorliegt.

2. Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung

Bei der Darstellung der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken hatte sich bereits gezeigt, daß das RG Raum- und Unternehmenspacht nicht scharf voneinander abzugrenzen vermochte. Daher ist zu untersuchen, ob und wie Raum- und Unternehmenspacht abzugrenzen sind und was unter den Früchten eines Unternehmens zu verstehen ist. Hierfür ist wiederum Voraussetzung, daß es gelingt, einen - zumindest für die Abgrenzung von Miete und Pacht ausreichend bestimmten Begriff des Unternehmens zu finden. In engem Zusammenhang hiermit steht die Frage, inwieweit Räume notwendig zum Begriff des Unter-

1) Kiefersauer-Glaser-Brumby S.29; dafür Roquette S.224 und in DR 1942 S.224; dagegen Bettermann Anm.84 zu § 1 MieterschutzG; auch Tannert, DRZ Beiheft 2 S.1 zu der Frage, daß die Rechtsprechung die Grenze zwischen Raum- und Unternehmenspacht verwischt.

nehmens zu finden. In engem Zusammenhang hiermit steht die Frage, inwieweit Räume notwendig zum Begriff des Unternehmens gehören - hierzu unten S. 104 ff.

Bei der Darstellung der Rechtsprechung zur Unternehmenspacht zeigte sich, daß ein einheitlicher und fest umgrenzter Unternehmensbegriff von der Rechtsprechung nicht entwickelt wurde. Vielmehr kann man als Ergebnis dieser Rechtsprechung bezeichnen, daß das RG seine Vorstellung vom Unternehmensbegriff umschrieb, indem es auf gewisse Kriterien abstellte, deren Vorliegen für die Annahme, bei einem Objekt handele es sich um ein Unternehmen, Voraussetzung sein sollten. Jedoch schwankte die Zahl dieser Kriterien, weil das RG sie nicht konsequent anwendete, sondern für die Annahme eines Unternehmens von Fall zu Fall unterschiedliche Maßstäbe anlegte. Sieht man einmal von der Frage ab, inwieweit Räume notwendig zum Begriff des Unternehmens zu rechnen sind, so hat das RG den Begriff des Unternehmens wie folgt umschrieben:

"... ein Unternehmen nicht nur aus einem Konglomerat der angeführten Gegenstände besteht, sondern daß das geistige Band, die Organisation, die die einzelnen Gegenstände und Menschen zu einem werktätigen Ganzen vereinigt, hinzukommt."[1)]

Dieses ist die Auffassung des Unternehmens als eines in Funktion befindlichen wirtschaftlichen Organismus. Ihr steht die ältere Auffassung des RG gegenüber, die es bei der Raumüberlassung entwickelte: Danach war ein solcher wirtschaftlicher Organismus schon vorhanden, wenn zum Betrieb fertig eingerichtete Räume überlassen wurden, unabhängig von der Tatsache, ob in ihnen schon ein "Betrieb" lief oder ob ein solcher erst aufgebaut werden mußte[2)]. Ein älteres Urteil[3)] sprach sogar von den "den wirtschaftlichen Organismus bildenden Räumen". Auf die Trennung von Raum- und Unternehmenspacht, die das RG beide kannte[4)], legte es keinen Wert

1) RGZ Bd.95 S.235 ff. (238!), 1.Sen. v. 2.4.1919; Gegenstand des Urteils war nicht die Abgrenzung von Miete und Pacht an Räumen, sondern die Frage, ob die Zwangsvollstreckung in ein Unternehmen zulässig sei.

2) Oben S. 23 ff.

3) in Warn.Rspr. 1914/15 S.62.

4) z.B. in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160.

und verzichtete zunächst überhaupt darauf, eine scharfe Trennung beider Rechtsinstitute vorzunehmen. Schließlich ging das RG sogar so weit, eine Trennung von Raum- und Unternehmenspacht abzulehnen[1]. Das RG argumentierte - indem es sich auf die Entscheidung in Bd.81 S.23 ff bezog -, ob der wirtschaftliche Organismus vorhanden sei oder erst aufgebaut werden müsse, sei selbst dann nicht entscheidend, wenn der Übernehmer diesen Organismus aus eigenen Mitteln aufbaue. Vielmehr komme es nur darauf an, daß "geeignete" Räume überlassen würden. Wörtlich heißt es dann weiter: "Die Unternehmung ist kein Drittes. Bei einem bereits bestehenden Betriebe geht sie ohne weiteres mit über, nur wird die wirtschaftlich günstige Lage den Preis bestimmen."[2]

Dieser Entscheidung steht das ältere Urteil des 3.Senats im Fall Kröpcke gegenüber[3], wonach "das Geschäftsunternehmen" etwas gegenüber den überlassenen Räumen Selbständiges sein kann, das gesondert verkauft, verpachtet wird, über das eine testamentarische Verfügung möglich ist[4].

Schließlich unterscheidet das RG[5] auch zwischen den "körperlichen Grundlagen" und dem "wirtschaftlichen Organismus". Erstere seien bei einer Unternehmenspacht gewissermaßen nur Zubehör.

Der Begriff des Unternehmens ist in der Rechtsprechung somit nicht nur nicht einheitlich umschrieben, sondern auch widersprüchlich und unscharf. Dieses wird besonders deutlich bei der Gegenüberstellung von Entscheidungen, in denen es sich um die Pacht eines Raumes bzw. Unternehmens handelt und den Fällen, in denen es sich um andere Probleme im Zusammenhang mit einem Unternehmen handelt. Eine einheitliche Bestimmung des Unternehmensbegriffes in der Rechtsprechung, jedenfalls für den hier interessierenden Bereich der Miete und Pacht, ist nicht nachzuweisen. Da die Rechtsprechung ohne eine scharfe Trennung der Raum- und Unternehmenspacht auskommt, drängt sich der Schluß auf, daß u.U. eines der beiden Rechtsinstitute überflüssig ist. Weiter ergibt sich aus der erörterten

1) RG (3.Sen. v. 12.6.25) in HRR 1925 Nr.1335.
2) a.a.O. Nr.1335 S.943.
3) in Warn.Rspr. 1923/24 Nr.160, Urt.v.11.3.24.
4) Diese Auffassung bestätigt der 8.Sen. -RGZ Bd.138 S.203ff., oben S.28 f. -, wo Räume als etwas Selbständiges neben dem Unternehmen angesehen werden.
5) RGZ Bd.82 S.340 ff.

Rechtsprechung, daß das Unternehmen bei der Abgrenzung als einheitlicher "Rechtsgegenstand" angesehen wurde[1], der als Ganzes - in einem Akt, Vertrag - verpachtbar ist.

Der BGH beschäftigt sich in einem Urteil vom 25.9.1962[2] am Rande mit dem Unternehmensbegriff. Er charakterisiert das Unternehmen als eine "wirtschaftliche Einheit von Sachen, Rechten und sonstigen Gütern des Rechtsverkehrs, die unter den Begriff der Rechtsgesamtheit fällt".[3] Aber auch dieses Urteil beschäftigt sich nicht mit der Abgrenzung von Miete und Pacht. Jedoch zeigt dieses Urteil, ebenso wie das des RG vom 2.4.1919[4], daß das Unternehmen außer bei Pachtverträgen nicht als "einheitlicher Gegenstand des Rechtsverkehrs"[5] angesehen wird.

Da sich aus der Rechtsprechung weder eine Definition des Unternehmens, noch eine exakte, widerspruchsfreie Umschreibung dessen, was zu einem Unternehmen begrifflich gehört, herleiten läßt, ist die Stellung des Schrifttums zu dieser Frage zu untersuchen.[6]

---

1) In diesem Sinne auch Hubmann in ZHR Bd.117 S.67; Würdinger im HGB-RGRK Anm.46 zu § 22.

2) BGHZ Bd.7 S.208 ff. (4.Sen.); auch aus der Entscheidung in NJW 1952 S.620 lassen sich keine neuen Gesichtspunkte gewinnen. Aus ihr kann auch nicht die Bestätigung der Rechtsprechung des RG gefolgert werden, daß Räume begrifflich zum Unternehmen gehören oder eingerichtete Räume allein schon das Unternehmen bilden. Allerdings verdient der Gedanke Beachtung, daß in den Fällen der Garderobenübernahme, der Wechselstube im Bahnhof, im Grunde Rechtspacht vorliegt.

3) In dem Prozeß verlangte der Kläger die Herausgabe eines Geschäftes. Der BGH (Bd.7 S.211) weist jedoch darauf hin, daß der die Herausgabe einer Rechtsgesamtheit verlangende Kläger nur die Herausgabe der einzelnen dazugehörigen Sachen, die Übertragung und Einräumung zu dieser Rechtsgesamtheit gehörigen Rechte verlangen kann. Siehe auch BGH in LM Nr.11 zu § 581.

4) in RGZ Bd.95 S.238.

5) Nach Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand.

6) Unten S. 103 ff.

IV. Die Überlassung von Rechten zum Gebrauch

An den Anfang dieses Kapitels seien zur Veranschaulichung folgende zwei Beispiele gestellt:

Jemand überläßt gegen Entgelt auf Zeit einem anderen ein für ihn bestelltes dingliches Wohnrecht im Sinne von § 1093[1].

Der Inhaber eines Jagdrechtes gestattet einem Dritten gegen Zahlung eines Entgeltes, einen Monat lang in seiner Jagd unter der Bedingung zu jagen, ihm - dem Jagdberechtigten - das erlegte Wild abzuliefern[2].

In beiden Fällen handelt es sich - ohne daß damit etwas über die rechtliche Einordnung der Verträge gesagt wird - um die Überlassung eines Rechtes zum Gebrauch. Ein Fruchtziehungsrecht ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Problematik dieser Fälle, die nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung waren, liegt bereits darin, daß in der Lehre[3] verschiedentlich davon ausgegangen wird, der "Gebrauch" eines Rechtes sei schlechterdings unmöglich. Rechte können nach dieser Ansicht nur genutzt werden.

Diese Lehre, die von einer starren Interpretation des Wortes Gebrauch ausgeht, ist jedoch nicht richtig.

Einmal ist unter dem Gebrauch eines Rechtes, worauf Windscheid-Kipp hinweisen[4], dessen Ausübung zu verstehen. Zum anderen beweisen die beiden Beispielfälle, daß ein Recht sehr wohl ausgeübt werden kann, ohne daß der Ausübende Nutzungen - außer den Gebrauchsnutzungen - daraus zieht.[5]

---

1) Nach Enneccerus-Lehmann § 137 I 1 (S.574).
2) Nach Mitschke-Schäfer Anm.8a zu § 11 BJG.
3) Z.B. Roquette S.60; Leonhard II S.173; Hedemann S.261.
4) Windscheid-Kipp S.721.
5) Siehe S.94.

Im übrigen ging auch der Gesetzgeber des BGB davon aus, daß ein "den Gebrauch eines Rechtes gewährender Vertrag"[1] möglich ist; denn in § 100 spricht das BGB selbst vom Gebrauch eines Rechtes.

In dem von Lehmann gebildeten Fall[2] ist außerdem streitig, was Gegenstand des Überlassungsvertrages ist: die Wohnung, an der das Wohnrecht besteht, oder die Berechtigung.

Vielfach wird - besonders bei älteren Autoren - gelehrt[3], es liege die Überlassung einer Sache zum Gebrauch vor. Diese Lehre beruft sich auf eine angebliche Parallele beim Nießbrauch. An den §§ 1056 und 1059 sei zu erkennen, daß es um die Überlassung der Sache gehe. Gerade aus dem Hinweis auf den Nießbrauch folgt indes, daß zu unterscheiden ist, zwischen dem Überlassen der Sache selbst und der daran bestehenden Berechtigung. § 1056 spricht vom Vermieten oder Verpachten der Sache selbst; § 1059 regelt dagegen die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchsrechtes. Schon aus dem Bestehen der beiden Vorschriften folgt, daß die Vermietung oder Verpachtung des vom Nießbraucher genutzten Gegenstandes nicht als Überlassung der Ausübung anzusehen ist[4]. Überläßt der gemäß § 1093 Wohnungsberechtigte die Wohnung an einen Dritten, so kann das in zwei Formen erfolgen: Entweder er vermietet die Wohnung, was als Vermietung einer fremden Sache anzusehen

---

5) (v. Vorseite) Ähnlich liegen die Fälle der einfachen Berechtigung im Urheberrecht; z.B. der Fall, daß ein Autor die Wiedergabe eines Werkes für eine bestimmte Zeit gestattet. Nach Cosack (S. 578) ist in diesem Falle nur Pacht denkbar und rechtlich möglich. In der Literatur zum Urheberrecht ist dieser Fall umstritten; z.B. Ulmer S. 297 und die dort angegebene Literatur. Folgt man der obligatorischen Deutung Riezler UR S. 311 - so fragt sich, wie dieser Vertrag als Schuldverhältnis einzuordnen ist. Riezler spricht von einem pachtähnlichen Verhältnis. Wird kein Fruchtziehungsrecht gewährt, kann Pacht nicht vorliegen, da es gerade an deren wichtigstem Merkmal fehlt.

1) Mot. Bd. 2 S. 369.

2) Enneccerus-Lehmann a.a.O.

3) Planck (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 535.

4) Staudinger-Ring Anm. 2 zu § 1059; Planck-Knoke (4. Aufl.) Anm. 1 zu § 535; Mittelstein-Stern S. 51.

ist[1] oder aber er überläßt dem Dritten das Wohnrecht. Dieser Vertrag kann inhaltlich nur den Gebrauch eines Rechtes zum Gegenstand haben. Dann ist dieser Vertrag als Miete eines Rechtes zu kennzeichnen. Eine Rechtsmiete erkennt aber das BGB im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen[2] nicht an; § 535 spricht nur von der Vermietung von Sachen, worunter gemäß § 90 nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind. Das BGB kann daher den vorliegenden Fall nicht lösen. Weil das Gesetz die Rechtsmiete nicht anerkennt, muß es diesen Vertrag als Pachtvertrag entgegen seiner eigenen Terminologie bezeichnen[3]. Die h.M.[4] wendet auf den Fall daher auch die Vorschriften der Pacht entsprechend an. Nach dem Inhalt des Vertrages liegt es jedoch näher, ihn als Mietvertrag zu behandeln. Denn gerade in den Punkten, in denen Miete und Pacht verschieden ausgestaltet sind - s.o. S. 7 ff. - erscheinen die Vorschriften des Mietrechts angebrachter als die der Pacht; z.B. hinsichtlich des Kündigungsprivilegs, vierteljährliche Kündigung im Falle, daß ein Beamter versetzt wird; Kündigungsrecht der Erben des Mieters[5].

Dieselben Fragen treten in dem zweiten Fall auf: ein Pachtvertrag ist bereits nach dem BJG nicht möglich. Es handelt sich um eine Jagdausübung im Sinne des BJG. Verpachtbar ist das Jagdrecht jedoch nur ungeteilt. (Gemäß § 1 BJG besteht das Jagdrecht aus der Wildhege, dem Recht zum Erlegen von Wild und dem Aneignungsrecht daran. Nach § 11 BJG ist daher Pacht im Beispielsfalle nicht möglich.) Aber auch nach dem BGB ist Pacht begrifflich ausgeschlossen, weil dem Jagdausübungsberechtigten kein Aneignungsrecht und damit kein Fruchtziehungsrecht zusteht[6].

---

1) Mittelstein-Stern S.51.
2) Z.B. das ALR (§§ 258, 259 I 21); das Gemeine Recht, Windscheid-Kipp S.319; Brinz II S.753; Glück S.263 ff.; ferner das öst. ABGB in den §§ 1090-93; das sächs. BGB §§ 1187, 1188; Art.152, 153, 155 des hess. Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches.
3) Mot. Bd.2 S.369.
4) Planck-Knoke Anm.1 zu § 535; Mittelstein-Stern S.52.
5) Enneccerus-Lehmann § 137 I, 1 a.E.
6) Zur Frage des Jagdgewinns als Frucht s. Staudinger-Coing Anm.14 zu § 99.

Gegenstand des Vertrages ist die zeitlich befristete Ausübung eines Rechtes. Seinem Inhalt nach umfaßt dieses Verhältnis alle im BGB aufgestellten Kriterien des Mietvertrages: Überlassung zum Gebrauch, Entgeltlichkeit, zeitliche Beschränkung. In der Lehre wird dieser Fall als pachtähnlicher Vertrag bezeichnet[1]. Das ist jedoch nicht möglich, weil das entscheidende Merkmal des Pachtverhältnisses, das Fruchtziehungsrecht des Pächters[2], nicht gewährt wird. Grundsätzlich muß der Jagdausübungsberechtigte das Wild in seiner Gesamtheit abliefern. Nur beim Schalenwild gebührt ihm das sogenannte kleiner Jägerrecht[3]. Begrifflich kann daher auch kein pachtähnliches Verhältnis vorliegen. Seinem Inhalt nach ist ein solcher Vertrag eine Rechtsmiete; vermietet wird das aus dem Jagdrecht des Jagdausübungsberechtigten abgeleitete Jagdausübungsrecht[4].

Nicht anders liegt der Fall, in dem die Ausübung eines Fischereirechtes einem anderen auf Zeit überlassen wird und der Ausübungsberechtigte die gefangenen Fische an den Rechtsinhaber abliefern muß.

Die tiefere Ursache der Problematik dieser Fälle liegt in dem schiefen Sachbegriff des BGB. Das BGB übernahm ihn aus dem gemeinen Recht, das wiederum auf Grund einer falschen Deutung[5] der römischen Quellen zu einem schiefen, meist als zu "eng" bezeichneten Sachbegriff kam[6]. Andere Rechte vor dem BGB verstanden unter "Sachen" keinesfalls nur "körperliche Gegenstände"; so z.B. die §§ 1 - 3 I 2 ALR und das ältere deutsche Recht[7], sondern das BGB unter "Gegenstand" versteht.

In den älteren deutschen Rechten (z.B. §§ 258, 259 I 21 ALR)[8] war daher eine Rechtsmiete durchaus anerkannt.

---

1) Mitschke-Schäfer Anm. 8a zu § 11 BJG.
2) Mot. Bd. 2 S. 369.
3) Mitschke-Schäfer a.a.O.
4) Ders. Anm. 1 zu § 11 BJG.
5) Binder in ZHR Bd. 59 S. 1 ff. (14!).
6) Wieacker in AcP Bd. 148 S. 58 f.; Gierke Entw. S. 43 ff.
7) Heusler, Gewere S. 274; Förster-Eccius Bd. 2 S. 102 f.; Dernburg BGB III S. 2.
8) Siehe Anm. 2 oben S. 95.

Indem der Gesetzgeber des BGB seinen Sachbegriff auch in § 535 verwendete, wollte er die Rechtsmiete bewußt für unzulässig erklären[1]. Es soll "der den Gebrauch eines Rechtes gewährende Vertrag als Pachtvertrag behandelt werden"[2]. Als einziger Grund für die Ablehnung der Rechtsmiete findet sich in den Motiven[3] die Behauptung, "daß das Gesetz sich einfacher gestaltet, wenn nur eine Sachmiete, nicht auch eine Rechtsmiete" anerkannt würde. In den Motiven wird aber dieser Unterscheidung vom Geschäftsgegenstand her für die Abgrenzung von Miete und Pacht kein Gewicht beigelegt, denn wörtlich heißt es weiter[4]: "Ein wichtigeres Unterscheidungsmerkmal zwischen Miete und Pacht besteht darin ..., der Verpächter auch den Fruchtgenuß zu gewähren hat." Der Unterschied zwischen Miete und Pacht ist daher in erster Linie in den dem Übernehmer vertraglich eingeräumten Befugnissen zu sehen und weniger in der Natur des Vertragsobjektes.

Gegenüber der gleichwohl eindeutigen Stellungnahme des Gesetzgebers könnte der Versuch unternommen werden, den Begriff der "Sache" in § 535 durch den weiteren des Gegenstandes zu ersetzen, wie es in § 119 Abs.2 geschehen ist, wo an die Stelle der "begrifflichen" eine "wertende Betrachtungsweise"[5] getreten ist und Abs.2 "nur Beispielfälle eines umfassenderen Tatbestandes" bringt[6].

So nahm zu dieser eindeutigen Entscheidung auch bald nach Inkrafttreten des BGB das RG Stellung[7]. Es lehnte die Bejahung einer Rechtsmiete im Hinblick auf diesen eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ab.

---

1) Mot. Bd.3 S.33.
2) Mot. Bd.2 S.369.
3) Mot. daselbst.
4) a.a.O.
5) Siebert-Hefermehl Anm.29 zu § 119; RGZ Bd.103 S.22.
6) Siebert - Hefermehl a.a.O.; Palandt - Danckelmann Anm.4a zu § 119.
7) RGZ Bd.51 S. 281 (vom 9.5.1902); ferner RG in JR 1925 Nr.1335;

Diese Neuerung sowohl gegenüber dem ALR wie auch gegenüber dem gemeinen Recht war sachlich in keiner Weise gerechtfertigt[1] und ist auch rechtlich als ein Widerspruch in sich anzusehen:

Sachlich kann das Argument, die Gesetzgebung gestalte sich einfacher, nicht als Rechtfertigungsgrund dafür angesehen werden daß damit ein Bruch in der Dogmatik des Gesetzes entsteht und Quellen für eine falsche Abgrenzung der vom Gesetz sonst unterschiedenen Vertragstypen Miete und Pacht geschaffen werden. Der erste sich aus dieser Entscheidung ergebende Fehler bestand darin, daß verschiedene Autoren den "Gebrauch" eines Rechtes ablehnten[2], "weil ein Recht nur insoweit gebraucht werden kann, als es genutzt werden kann"[3].

Dogmatisch soll das entscheidende und zugleich unterscheidende Merkmal zwischen Miete und Pacht das Fruchtziehungsrecht des Pächters sein. Wenn aber von demselben Gesetz die Ausübung eines Rechtes zur Pacht gestempelt wird[4], so ist das ein Widerspruch in der Dogmatik. Der Gesetzgeber kann nicht etwas als typisches Merkmal eines Rechtsinstitutes bezeichnen und dann, wenn dieses Merkmal vorliegt, bestimmen, dieses Rechtsverhältnis solle einem zweiten Rechtsinstitut zugeordnet werden, für das das Fehlen dieses Merkmals gerade typisch sein soll.

Ein weiteres schwerwiegendes Argument gegen die Entscheidung des Gesetzgebers ergibt sich aus den Folgen, die diese Entscheidung für die Abgrenzung von Miete und Pacht in Grenzfällen in der Rechtsprechung hatte. Als das RG nämlich bei der Lösung dieser Grenzfälle in Schwierigkeiten mit seinen eigenen hierfür aufgestellten Grundsätzen geriet, begann es - wie bereits dargelegt, oben S. 49 ff.; besonders RGZ Bd. 108 S. 186 ff. - den jeweiligen Überlassungsvertrag in die in ihm enthaltenen Bestandteile zu zerlegen. So ging das RG[5] schließlich davon aus, bei der Raumüberlassung zu einem bestimmten Gewerbe, von der Gestattung der Aus-

1) Mittelstein-Stern S. 10.
2) s. o. S. 93 Anm. 3 daselbst.
3) So Hedemann S. 261.
4) Mittelstein-Stern S. 10.
5) RGZ Bd. 108 S. 186 ff.

übung eines Gewerbes zu sprechen, das als Rechtsüberlassung nur als Element eines Pachtvertrages angesehen werden könne und begründete damit die Ablehnung eines Mietvertrages über die Räume.

Da der Gesetzgeber die Rechtsmiete mit klaren Worten verworfen hat, erübrigt es sich zu untersuchen, wie eine Rechtsmiete evtl. dennoch aus dem Gesetz heraus begründet werden könnte. Eine sich hieran knüpfende Frage ist, ob in der Praxis ein Bedürfnis für die Anerkennung einer Rechtsmiete besteht. Das erscheint schon in Anbetracht der geringen Zahl nachweisbarer Beispielfälle nicht erforderlich zu sein. Da eine genauerer Untersuchung dieser Frage zu der hier gestellten Aufgabe nichts beiträgt, soll sie auf sich beruhen. Die Fälle der Rechtsüberlassung sind dem Willen des Gesetzes zufolge nur über eine Anwendung der Pachtvorschriften zu lösen. Diese Rechtsverhältnisse kann man aber im Grunde weder als Pacht noch als pachtähnliche Verträge bezeichnen.

Aus der Ablehnung der Rechtsmiete und der Zuweisung der entsprechenden Fälle ins Pachtrecht folgt wiederum, daß eine Abgrenzung von Miete und Pacht sich nicht allein an dem dem Pächter eingeräumten Fruchtziehungsrecht orientieren kann. Vielmehr ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen. Außerdem stellt sich die Aufgabe, nach anderen Kriterien zu suchen, die eine einwandfreie rechtliche Abgrenzung ermöglichen. Als solche käme u.U. neben dem von den Vertragspartnern verfolgten Zweck besonders die Frage in Betracht, ob dieser Zweck dem Übernehmer die Stellung einräumt, die der Gesetzgeber dem Mieter oder Pächter zukommen lassen wollte. Denn auch mit dieser Vorstellung des Gesetzgebers muß die Abgrenzungsformel beider Rechtsinstitute in Einklang stehen. Gerade das letzte Kriterium ist aber bisher weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung herangezogen worden.

V. Die Abgrenzung von Miete und Pacht in der Lehre

In der älteren Literatur[1)] wurde die Abgrenzung von Miete und Pacht, wenn überhaupt, so nur mit dem Hinweis behandelt, Pacht sei gegenüber der

1) Siehe die Hinweise oben S. 21 in Anm. 1.

Miete auch bei Rechten möglich und gewähre außer dem Gebrauch auch noch den Fruchtgenuß.

Erst mit der Neufassung des preußischen StempelsteuerG[1] trat eine Änderung ein. Erst jetzt befaßte sich neben der Rechtsprechung auch die Lehre mit der Lösung der bis dahin nicht beachteten Grenzfälle[2]. Die Lehre schloß sich fast ausnahmslos und kritiklos den vom RG entwickelten Grundsätzen zur Lösung des Problems an[3]. Da bald darauf die Notgesetzgebung einsetzte, blieb das Problem auch in der Literatur weiterhin aktuell[4]. Erst als das RG begann, Pacht bei der Raumüberlassung auch dann anzunehmen, wenn das vorhandene Inventar einem Dritten gehörte bzw. vom Übernehmer gekauft werden mußte, wurde Widerspruch gegen diese Auffassung des RG laut[5].

Diese Kritik war jedoch nicht gegen die Grundsätze des RG schlechthin gerichtet, sondern beschränkte sich auf die Fälle, in denen der Übernehmer das Inventar käuflich erwarb oder dieses einem Dritten gehörte.

Diese abweichenden Ansichten sollen in der nun folgenden dogmatischen Würdigung der vom RG aufgestellten Grundsätze berücksichtigt und kritisch beleuchtet werden.

---

1) oben S.16 f.

2) In der älteren Literatur: Leonhard Bd.2 S.172 ff.; Endemann Bd.2 S.1045 Anm.30; Ehrenberg-Pisko Handbuch Bd.2 S.233; Oertmann Anm.5a vor § 581;

3) In der neueren Literatur: Mittelstein-Stern S.32 ff.; Roquette S.70 ff.; Enneccerus-Lehmann § 127 I, 2 und § 137 I 1; Staudinger-Kiefersauer Anm.23, 25 und 26 zu § 535, Anm.4 zu § 581; Esser S.523 und S.565.

4) Siehe die in den beiden vorstehenden Anm. gegebenen Hinweise.

5) Z.B. Boeck in JW 1929 S.2589; Warneyer in JW 1929 S.3216 ff.; Oertmann V a vor § 581; Siber S.304; Ruth in Festgabe S.4; Mittelstein-Stern S.32.

VI. Zusammenfassung

Da das RG auch dann Pacht annahm, wenn das vorhandene Inventar einem Dritten gehörte bzw. vom Übernehmer gekauft werden mußte, sind die oben - S.29 ff. - aufgestellten Grundsätze nunmehr wie folgt zusammenzufassen:

1. Raummiete liegt vor, wenn leere Räume überlassen werden, mag dies auch zu dem Zweck geschehen, darin ein bestimmtes Gewerbe auszuüben; das gleiche gilt für Räume, in denen es an der hierfür erforderlichen baulichen Beschaffenheit und inneren Einrichtung fehlt bzw. diese unvollständig ist.

2. Raumpacht liegt vor, wenn Räume überlassen werden, die für einen vertraglich bestimmten konkreten Geschäftstypus geeignet und bestimmt sind und mit einer dafür typischen baulichen und inneren Einrichtung versehen sind, so daß dann die Räume als unmittelbare Quelle der Erträge (Früchte) des Übernehmers anzusehen sind, denen gegenüber dessen Tätigkeit zurücktritt. Dabei ist es gleichgültig, in wessen Eigentum die überlassene Einrichtung steht. Erforderlich ist nur, daß sie im Augenblick der Übergabe vorhanden ist und damit zur Übergabe in einem tatsächlichen Zusammenhang steht. Unerheblich ist ferner, ob in den Räumen bisher schon dasselbe Gewerbe betrieben wurde, der Übernehmer dieses also fortführt, oder ob er das Gewerbe zum ersten Mal in diesen Räumen ausübt.

3. Unternehmenspacht ist anzunehmen, wenn eine organisierte betriebliche Wirtschaftseinheit überlassen wird.

4. Die Übernahme einer Arzt- oder Anwaltspraxis erfolgt auf Grund von Mietverträgen.

Gegenüber den oben wiedergegebenen ursprünglichen Grundsätzen hat sich eine Änderung nur bei der Raumpacht ergeben. Die hier wiedergegebenen Grundsätze wurden nach dem 2. Weltkrieg vom KG in vollem Umfang bestätigt.[1)]

1) KG in NuW 1950 S.135, Urteil vom 12.12.1949. Der Sachverhalt ist nicht mitgeteilt.

B. Versuch einer eigenen Lösung:

Der Begriff der Raumpacht im Sinne der Rechtsprechung ist dogmatisch nicht zu begründen; mit Wegfall der Raumpacht wird eine Lösung der Grenzfälle allein vom Vertragsinhalt her möglich

I. Die Bedeutung der Räume als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Raumübernehmer aufgewendeten Arbeit als Ausgangspunkt der Rechtsprechung

1. Vorbemerkung

Wie vorstehende Untersuchung ergab, entschied das RG bei der Abgrenzung von Miete und Pacht allein unter dem Gesichtspunkt, ob die überlassenen Räume allein als "unmittelbare Quelle" darin erzielter Erträge oder nur als örtlicher Mittelpunkt einer den Gewinn bringenden Tätigkeit anzusehen waren. Unklar blieb bei allen Entscheidungen, wie das RG die in den Räumen erzielten Erträge in den Fruchtbegriff des § 99 einordnen wollte. Nach § 99 sind die sogenannten unmittelbaren Früchte einer Sache oder eines Rechtes (§ 99 Abs.1 und 2) von den sogenannten mittelbaren Früchten einer Sache oder eines Rechts zu unterscheiden (§ 99 Abs.3)[1]. Die Ausführungen der ersten hier dargestellten Entscheidung[2] lassen nur den Schluß zu, daß das RG die Erträge des Raumes als mittelbare Früchte im Sinne von § 99 Abs.3 auffaßt[3].

Bezogen auf die zugrundeliegenden Sachverhalte kann das nur so verstanden werden, daß das RG bei der Überlassung von Gastwirtschaften davon ausgeht, die dem Publikum zugänglichen Räume - also hauptsächlich die Restaurationsräume - seinen dem "Pächter" zu dem Zweck überlassen worden, daß er sie gegen Entgelt weiter überlasse und auf diese Weise mittelbare Sachfrüchte im Sinne von § 99 Abs.3 zieht.

---

1) Unterscheidung nach Staudinger-Coing Anm.7 zu § 99.

2) bei Gruch. a.a.O. oben S.18 ff; insbes. in HRR 1926 S.638 ff.

3) In diesem Sinne versteht auch Ruth das RG, in einer Anm. zu RG in JW 1923 S.803 Nr.11.

Diese Erwägung mag für das moderne Hotel garni zutreffen, nicht aber für das gewöhnliche Restaurant, um das es sich in fast allen Entscheidungen handelte.

In der Tat ging das RG[1] davon aus, daß der Wirt eines Speiselokals den Gästen den Raum gegen Entgelt überläßt. Das RG meinte, er erhebe zwar kein Eintritts- oder Platzgeld, aber das geschehe indirekt in Form eines Aufschlages auf Speisen und Getränke.

Diese Vorstellung des RG mutet gewaltsam an; denn der das Restaurant aufsuchende Gast denkt regelmäßig sicher nicht daran, einen Platz "zu mieten" und nebenbei auch irgendwie bewirtet zu werden. Daß er um Speisen und Getränke zu verzehren, Wert darauf legt, am Tisch zu sitzen, eine behagliche Umgebung zu haben, berechtigt aber nicht zu der Annahme, er wolle den Tisch oder die Nische mieten.

Diese Urteile lassen nur den Schluß zu, daß das RG Früchte eines Raumes in den mittelbaren Sachfrüchten sieht, die nur durch eine Weiterüberlassung des Raumes gewonnen werden. Das RG muß demzufolge annehmen, der Überlassungsvertrag über eine Gastwirtschaft gehe dahin, der Pächter übernehme die Wirtschaft, um die Räume jeweils wieder gegen Entgelt an Dritte weiter zu überlassen, also an jeden Gast zu vermieten oder zu verpachten[2].

Ob und wie die Erträge eines Unternehmens als Früchte einzuordnen sind, geht aus den Ausführungen des RG ebenfalls nicht hervor. Unklar bleibt insbesondere, wie das RG die Erträge des Unternehmens in den Fruchtbegriff des § 99 einordnen will[3]. Da das RG auch nicht eindeutig Raumpacht von Unternehmenspacht trennte, ist zu untersuchen, ob es sich in den Fällen der Raumpacht nicht in Wirklichkeit um Unternehmenspacht handelte. Die Klärung dieser Frage setzt allerdings voraus, daß es gelingt, den Be-

---

1) RGZ Bd.81 S.26.

2) In diesem Sinne versteht auch Ruth in einer Anm. zum RG-Urteil in JW 1923 S.803 Nr.11 das RG.

3) In den Entscheidungen zu RGZ Bd.138 S.192 ff. und 203 ff., in denen es grundlegende Ausführungen zur Unternehmenspacht macht, berührt es diese Frage mit keinem Wort.

griff des Unternehmens - zumindest für die Abgrenzung von Miete und Pacht - hinreichend klar zu bestimmen.

Im folgenden Fall soll nun zunächst der Fruchtbegriff bei der Unternehmenspacht in Lehre und Rechtsprechung einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Daran schließt sich die Untersuchung, welche Bedeutung bei der Raumpacht den überlassenen Räumen als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Übernehmer aufgewendeten Arbeit zukommt, d.h. es gilt die Frage zu klären, inwieweit Räume überhaupt Früchte abwerfen können.

2. Der Fruchtbegriff bei der Unternehmenspacht in Lehre und Rechtsprechung

a) Der Begriff des Unternehmens[1] bei der Abgrenzung von Miete und Pacht

Die Verpachtbarkeit von Unternehmen ist sowohl in der älteren[2] wie auch in der jüngeren[3] Literatur stets als rechtlich möglich und zulässig anerkannt worden. Bei der hier zu stellenden Frage nach dem Begriff des Unternehmens handelt es sich weder darum zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie das Unternehmen als "einheitliches Rechtsobjekt"[4] zu erfassen ist[5] (etwa als Sondervermögen[6] oder tatsächlicher Zustand[7]) noch

1) Bei der Suche nach dem Begriff des Unternehmens wurde das landwirtschaftliche Unternehmen nicht berücksichtigt, da Ausgangspunkt für diese Arbeit die Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken ist. Zum Begriff des landwirtschaftlichen Unternehmens und seiner Pacht: Baur a.a.O.; Kroeschell in Handw.-buch der Sozialwissenschaft a.a.O. S.151 ff.; ders., Bodenordnung a.a.O. S.42 f.

2) z.B. Ehrenberg-Pisko Handbuch II S.233 ff.; Kohler in AcP Bd. 71 S.397 ff.; ders. Lehrbuch Bd.2 S.313; Mayer in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32 S.477; Pisko, Unternehmen, S.107 ff.

3) z.B. Enneccerus-Lehmann § 137 I; Staudinger-Kiefersauer Anm. 13 zu § 581; Hubmann in ZHR Bd.117 S.66 ff.

4) Nach Hubmann a.a.O. S.53.

5) Eine umfassende Übersicht über die verschiedenen Auffassungen bei J.v. Gierke in Handelsrecht S.76.

6) ders. in Handelsrecht S.66; O.v.Gierke Privatrecht Bd.2 S.56 ff.; J.v.Gierke in ZHR Bd.117 S.9; Schönfeld, S.268.

7) siehe S.105.

darum, zu klären, ob ein Recht am Unternehmen besteht und wie dieses zu charakterisieren ist (etwa als Persönlichkeitsrecht[1], eigentumsähnliches Recht[2] oder als Immaterialgüterrecht[3]). Vielmehr ist davon auszugehen, daß das "Unternehmen" als solches existiert, daß es verpachtbar ist und daß es insoweit einheitlicher Gegenstand eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes sein kann[4].

Ob es auch einheitlicher Gegenstand eines (dinglichen) Verfügungsgeschäftes sein kann, spielt keine Rolle. Ebensowenig interessiert in diesem Zusammenhang, in welcher Form der Verpächter dem Pächter den "Besitz" am Unternehmen verschafft. Dieses ist bei der Pacht ein tatsächlicher Vorgang, der weder für die Rechtsnatur des Überlassungsvertrages noch für den hier gesuchten Begriff des Unternehmens überhaupt bestimmend ist.

Aber auch die Frage, ob eine allgemeingültige Definition des Unternehmens möglich und wie sie u.U. zu fassen ist, wird in der Literatur sehr umstritten. So glauben verschiedene Autoren[5], nachweisen zu können, daß eine Definition des Unternehmens unmöglich ist oder aber zumindest starken Bedenken unterliegt[6]. Andere[7] wiederum stellen eine

---

1) Im Sinne eines Persönlichkeitsrechtes Hubmann a.a.O. S.57; O.v. Gierke Privatrecht Bd.1 S.173; Heymann, HGB S.35; Brecher S.130; Enneccerus-Nipperdey Bd.1, I, 1; § 133 IV.
2) J. v.Gierke in ZHR Bd.111 S.13; ders. in Handelsrecht S.67; v.Godin, Nutzungsrecht S.13; Lindenmaier in WuW 53 S.592; Ballerstedt in JZ 51 S.488.
3) Baumbach-Hefermehl in WuW 1951 S.26; Oppikofer S.13; Callmann in ZHR Bd.97 S.129; Isay S.19.
4) Hubmann S.60.
5) Gieseke in Festschrift für Heymann S.118; ders. in Beiträge S.607; Müller-Erzbach in ZHR Bd.64 S.537; ders. in ZHR Bd.71 S.423 (Besprechung von Isays Recht am Unternehmen).
6) Brecher S.218.
7) So z.B. Pisko, Unternehmen, S.15 ff. (19!); Oppikofer S.3 ff.; Isay S.27; Enneccerus-Nipperdey § 133 I.
7) von S. 104: Würdinger (in HGB-RGRK Anm.2 zu § 22) spricht vom Unternehmen als Tatbestand,mit dem die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen verbindet.

ihrer Meinung nach allgemeingültige Definition des Unternehmens auf. Die besondere Schwierigkeit einer exakten Erfassung der Unternehmenskriterien in einer einheitlichen Definition liegt darin, daß das Unternehmen etwas Komplexes ist, dessen einzelne Komponenten ständig wechseln können. Sowie sie aber aus dem Unternehmen rechtlich ausscheiden, sind sie rechtlich nicht mehr unter dem Unternehmensbegriff erfaßbar; z.B. bei der Veräußerung von Einrichtungsgegenständen scheiden diese aus dem Unternehmen aus und unterliegen nunmehr einer völlig selbständigen, vom Unternehmen gänzlich gelösten, rechtlichen Beurteilung[1].

Da es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann, einen neuen Unternehmensbegriff zu finden, soll hier nur versucht werden, die den verschiedenen Ansichten gemeinsam zugrunde liegenden Kriterien zusammenzufassen und aus ihnen gewissermaßen den Kern des Unternehmensbegriffes herauszukristallisieren. Diese Kriterien reichen aus, den Begriff des Unternehmens für die Frage der Abgrenzung von Miete und Pacht hinreichend genau zu umreißen.

Auf Grund dieser herauszufindenden Grundelemente eines jeden Unternehmens[2] ist dann nachzuprüfen, inwieweit man unter Bezug auf § 99 von den Früchten eines Unternehmens sprechen kann und inwieweit die Rechtsprechung hierin übereinstimmt; d.h. im Grunde, ob nicht in diesen als Raumpacht angesehenen Fällen Unternehmenspacht vorlag.

Gemeinsam ist allen Ansichten, daß das Unternehmen etwas Komplexes, als ein mehrschichtiges Gebilde anzusehen ist, das Elemente verschiedenster Art - etwa rechtliche, wirtschaftliche und soziale - in sich vereinigt.

Eine umfassende Kritik an allen für den Begriff des Unternehmens aufge-

1) So Oppikofer S.21; Hubmann a.a.O. S.53.

2) Auch v.Gierke in ZHR Bd.111 S.5 weist darauf hin, daß in verschiedenen Gesetzen eine einheitliche gedankliche Grundlage für den Begriff des Unternehmens vorhanden ist, daß aber diese Tatsache bisher noch nicht erkannt wurde.

stellten Definitionen übt J. v. Gierke[1]. Gleichzeitig bemüht sich Gierke, eine allgemeine Begriffsbestimmung dadurch zu finden, daß er zunächst die "Ausstrahlungen"[2] eines jeden Unternehmens herauszufinden bestrebt ist. Die von Gierke auf diese Weise gewonnenen allgemeinen Kriterien für einen allgemeinen Unternehmensbegriff sind von den meisten Autoren, die sich mit dem Begriff des Unternehmens befassen, akzeptiert worden[3]. Daher soll auch hier von ihnen ausgegangen werden.

Gierke - a.a.O. S.5 - geht davon aus, daß der Begriff des Unternehmens aus dem Bereich der Volkswirtschaft in den der Rechtsordnung eingedrungen ist. Der allgemeine Begriff des Unternehmens im wirtschaftlichen Sinne geht vom Unternehmen als einer "Wirtschaftseinheit"[4] aus, dieser weite Begriff liegt nach Meinung Gierkes sicher auch den einzelnen Gesetzesbestimmungen, in denen vom Unternehmen die Rede ist, zugrunde. Aber er sei zu weitläufig, "zu statisch". Er berücksichtige zu wenig, daß das Unternehmen etwas Dynamisches, Wandelbares sei, das am Rechtsverkehr teilnehme, sich ihm anpasse, indem es sich selbst umforme. Daher müsse in den einzelnen Gesetzen, um dieser Wandelbarkeit gerecht zu werden, dieser einheitliche - volkswirtschaftliche - Unternehmensbegriff aufgegeben werden, um den Auswirkungen, die diese Dynamik des Unternehmens an diesem selbst geschehen lasse, gerecht zu werden.

---

1) In ZHR Bd.111 S.1 ff. (1948).

2) a.a.O. S.7.

3) Unter den neueren Arbeiten, die sich mit dem Unternehmensbegriff beschäftigen, seien erwähnt: Die rechtstheoretische Arbeit Brechers (1953) verzichtet auf eine Definition, S.126; Hubmann in ZHR Bd.117 S.41 ff. billigt ausdrücklich Gierkes Thesen und geht von ihnen aus; ebenso HGB-RGRK (Würdinger in der 2., Gadow in der 1. Aufl.) in Anm.2 zu § 22, ferner Anm.4 und 6; ähnlich Baumbach-Duden Einführung I. Indirekt verweist auch Enneccerus-Nipperdey, § 133 Anm.2, auf Gierke, bei der Feststellung, es handle sich um in der handelsrechtlichen Literatur zu erörternde Fragen.

4) So auch Jessen in ZHR Bd.96 S.46 ff.

aa) Die drei Grundelemente des Unternehmens

Dennoch lassen sich drei "Ausstrahlungen"[1] feststellen, die stets für das Unternehmens typisch sind: Die Betriebstätigkeit, das Betriebsgeschäft und die personenrechtliche Unternehmensgemeinschaft.

aaa) Betriebstätigkeit

Gierke versteht unter der Betriebstätigkeit den "Betrieb im subjektiven Sinn", das Betreiben eines Gewerbes schlechthin, ein Tätigwerden also, das auch zugleich die Art des Unternehmens bestimmt: Landwirt, Gewerbetreibender im weitesten Sinne. Den eigentlichen Kern des Unternehmens bildet dagegen die zweite Ausstrahlung, das Betriebsgeschäft.

bbb) Betriebsgeschäft

Gierke versteht darunter den durch die gewerbliche Tätigkeit hervorgebrachten Tätigkeitsbereich: "Es handelt sich um eine Reihe von Beziehungen von tatsächlichem Vermögenswert, die durch Maßnahmen des Unternehmers außen und nach innen geschaffen und zusammengefaßt sind."[2] Hierher gehören Absatzgelegenheiten, Kundschaft, Bezugsquellen, überhaupt die innere Ordnung des aufgebauten Tätigkeitsbereiches, ferner Geschäftserfahrungen und Geschäftsgeheimnisse[3].

Das alles ist laut Gierke "Betrieb im objektiven Sinn, das Geschäft, auch Gewerbe" genannt. Vielfach wird für dieses Element des Unternehmens aber auch der Terminus "Unternehmen" gebraucht. Darunter ist dann das Unternehmen im engeren Sinne, nicht im obigen volkswirtschaftlichen, zu verstehen. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Seite des Unternehmens, allerdings um die rechtlich selbständige. Im Gegensatz zur Betriebstätigkeit und zur Betriebsgemeinschaft kann diese Seite des Unternehmens im Sinne einer Wirtschaftseinheit veräußert, verpachtet oder mit einem

1) Gierke in ZHR Bd. 111 S. 7 und Handelsrecht S. 72.
2) Gierke Handelsrecht S. 72.
3) Baumbach-Duden, Einführung Buch I Anm. 4 C; Hubmann S. 47 ff. (bes. S. 50 oben); Staudinger-Coing Vorbem. 18 Ziff. c vor § 90.

Nießbrauch belastet werden. Verfügungsberechtigter über diesen Teil des Unternehmens ist der Inhaber des Unternehmens als ganzem, im volkswirtschaftlichen Sinne, in dessen Händen die Gewalt über den "gegenständlichen Niederschlag der Betriebstätigkeit" ruht[1].

cc) Betriebsgemeinschaft

Das dritte selbständige Element eines Unternehmens ist die Betriebsgemeinschaft. Hierunter ist mit Gierke "der Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer" zu verstehen. Ihre Beziehungen sind zumeist in Sondergesetzen geregelt; z.B. in den §§ 59 ff. HGB, ferner in TVG und Künd.SchG.

bb) Zusammenfassung

Diese drei Ausstrahlungen sind gewissermaßen unerläßliche Tatbestandsmerkmale des Unternehmens. Erst wenn sie alle drei vorhanden sind, kann man vom Unternehmen in jenem weiten oder volkswirtschaftlichen Sinn und damit auch von einer Wirtschaftseinheit, von einem wirtschaftlichen Organismus, sprechen.

Das geistige Band, das diese drei Elemente verknüpft und zusammenhält, ist die unternehmerische Idee, ihre organisatorische Zusammenfassung in der Hand des Unternehmers[2].

Soll das Unternehmen auf einen Dritten übertragen werden, so muß sich die Übertragung auf das Unternehmen im engeren Sinne, also auf das Betriebsgeschäft beschränken: Nur der vom Unternehmer geschaffene Tätigkeitsbereich, seine "objektivierte Unternehmensleistung" ist übertragbar[3]. In diesem Sinne ist es daher auch aufzufassen, wenn im folgenden von der Pacht eines Unternehmens gesprochen wird. Dagegen kann weder die Betriebstätigkeit des Unternehmers - das kann eine Ein-

1) Gierke ZHR Bd.111 S.8.
2) Staudinger-Coing Vorbem. 18 Ziff.b vor § 90.
3) Hubmann a.a.O. S.62; Gierke in ZHR Bd.111 S.7 f.

zelperson oder eine Personengemeinschaft sein - noch die der Betriebsgemeinschaft Gegenstand des Rechtsverkehrs sein[1]. Überläßt der Unternehmensinhaber sein Unternehmen an einen Dritten, so wird dieser an seiner Stelle zum Unternehmer, da er jetzt dessen Funktionen ausübt. Wird das Unternehmen verkauft, so scheidet der bisherige Unternehmer gänzlich aus seiner Stellung aus. Wird es verpachtet, so bleibt der Verpächter zwar Inhaber des Unternehmens, aber seine Funktionen als Unternehmer tritt er vorübergehend an den Pächter ab[2].

Die Suche nach einem Begriff des Unternehmens hat ergeben, daß vorhandene Räume kein entscheidendes Kriterium für diese Frage sein können. Für die Frage, ob im konkreten Falle Pacht eines Unternehmens oder von Räumen vorliegt, ist daher in keinem Falle darauf abzustellen, ob zu dem Unternehmen Räume gehören oder nicht. Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß zum Bestand eines Unternehmens auch Räume gehören, die z.B. bloße Büroräume sein können. Aber selbst das Vorhandensein von Räumen, die für die Aufnahme einer bestimmten Produktion ausgestattet sind, reicht für den Begriff des Unternehmens nicht aus. Hierfür muß eben das Betriebsgeschäft vorhanden sein. Voraussetzung für die Annahme einer Unternehmenspacht ist vielmehr, daß ein objektivierter Tätigkeitsbereich vorhanden und verpachtet ist. Werden daher nur Räume überlassen, die zum Betriebe eines Gewerbes - gleichgültig welcher Art - mit einer vollständigen Einrichtung versehen sind, so kann begrifflich keine Unternehmenspacht vorliegen[3]. Diese kann vielmehr nur dann gegeben sein, wenn ein Unternehmen im engeren Sinne, ein Betriebsgeschäft vorhanden, im Betrieb ist und zum Weiterbetrieb überlassen wird.

Da der Begriff des Unternehmens als etwas in der Rechtsprechung Anerkanntes und wenigstens in seinem Kern begrifflich erfaßbares Gebilde erkannt ist, bleibt zu fragen, ob die Erträge eines Unternehmens begrifflich als Früchte dieses Unternehmens zu verstehen sind und wie sie in § 99 dogmatisch einzuordnen sind.

---

1) Die arbeitsrechtliche Lage im Falle des Inhaberwechsels spielt für diese Untersuchung keine Rolle. Auf sie braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden. Siehe hierzu jedoch Hueck in BB 1951 S.365; Nikisch ArbR S.191; Brecher S.144; Denecke in BB 1950 S.679 und 875.

2) Hubmann S.61; Pisko, Unternehmen, S.111.

3) Wieland, Handelsrecht S.269; Pisko in Ehrenbergs Handbuch S.233.

Nun ist zwar - wie bereits dargelegt, oben S. 79 ff - die Unternehmenspacht in Lehre und Rechtsprechung stets für zulässig erachtet worden, so daß der Schluß nahe liegt, jedes Unternehmen trage, da es verpachtbar ist, Früchte im Sinne von § 99. Tatsächlich verhält es sich jedoch so, daß in der erwähnten Literatur und Rechtsprechung nur ganz vereinzelt der Versuch unternommen worden ist, die "Früchte" eines Unternehmens dogmatisch zu erfassen und in das System des BGB einzuordnen.

Doch ist zunächst zu untersuchen, wie Lehre und Rechtsprechung allgemein den Begriff der Früchte in § 99 und § 581 verstehen, ehe versucht wird, die Unternehmensfrüchte dogmatisch in § 99 einzuordnen.

b) Der allgemeine Fruchtbegriff in § 99 nach Lehre und Rechtsprechung

Der Fruchtbegriff deckt sich in § 581 mit dem des § 99, der für das BGB allgemein bestimmt, was im konkreten Falle unter Früchten zu verstehen ist. Das Fruchtziehungsrecht des Pächters wird in § 581 Abs.1 auf die Früchte beschränkt, die nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag angesehen werden können.[1)]

Nach § 99 sind folgende Fruchtarten zu unterscheiden: Sachfrüchte (d.h. die organischen Erzeugnisse und die sonstige bestimmungsgemäße Ausbeute) und Rechtsfrüchte. Beide Arten können unmittelbar und mittelbar gewonnen werden.[2)] § 99 definiert also nur die verschiedenen Fruchtarten, über deren rechtliche Zuordnung zu einer bestimmten Person oder über deren Ersatz, in anderen Bestimmungen Regeln enthalten sind; z.B. in den §§ 581 ff., 1030 ff., 953 ff., 987. Der Begriff der unmittelbaren Sachfrüchte ist in § 99 Abs.1, der der unmittelbaren Rechtsfrüchte in § 99 Abs.2 enthalten. Die mittelbaren Sach- und Rechtsfrüchte sind in § 99 Abs.3 definiert. Bei ihnen

1) Staudinger-Coing Anm.27 und 28 zu § 581; Crome, System Bd.1, S.306; Reichel in IJ Bd.42 S.282.

2) Diese Terminologie nach Staudinger-Coing Anm.7 zu § 99; andere - z.B. Sohm, Gegenstand S.80 - sprechen auch von den natürlichen Früchten. Noch anders Crome, in Festgabe für Bergbohm: Relative und absolute Früchte.

handelt es sich stets um ein Entgelt, das für die Überlassung einer Sache oder eines Rechtes gezahlt wird[1]. So ist der Zins, den der Vermieter oder Verpächter vom Mieter oder Pächter erhält, Frucht im Sinne von § 99 Abs.3.

Im Grunde handelt es sich hierbei nicht um "Erträge", sondern, wie Coing[2] betont, um einen Ersatz (Ausgleich) dafür, daß der Vermieter (Verpächter) die Nutzung eines Gegenstandes einem anderen überläßt.

Die Früchte, die ein Pächter aus dem Pachtobjekt zieht, sind Früchte im Sinne von § 99 Abs.2[3]; denn dabei handelt es sich um die Erträge, die das Recht zur Nutzung des Gegenstandes seiner Bestimmung gemäß gewährt[4]. Reichel erläutert das an folgendem Schema[5]: Aus einer Sache a geht die Frucht b hervor; das Recht an dieser Sache (Frucht) b ist wiederum Frucht eines an der Sache a bestehenden Rechtes[6].

Somit ergibt sich, daß die vom Pächter zu ziehenden Früchte stets als unmittelbare Rechtsfrüchte im Sinne von § 99 Abs.2 anzusehen sind[7]. Diese wiederum können körperlicher oder unkörperlicher Natur sein[8].

Sachen sind dann als unmittelbare Früchte eines Rechtes anzusehen, wenn sie "ohne Substanzminderung des Rechtes kraft des Inhalts des Rechtes als Erträgnisse gewonnen werden". So ist beispielsweise das Obst, das der Pächter im Garten erntet, nicht nur Frucht des Baumes, sondern zugleich auch "unmittelbare Frucht des Fruchtziehungsrechtes"[8], so daß

1) Lehmann AT S.371; Wieacker in AcP Bd.148 S.100 ff.
2) bei Staudinger Anm.12 zu § 99.
3) Soergel-Siebert Anm.10 zu § 99; Staudinger-Coing Anm.11 zu § 99; Palandt-Danckelmann Anm.3 zu § 99; Lehmann AT S.370; Reichel S.291 ff.
4) Staudinger-Coing Anm.12 zu § 99; Enneccerus-Nipperdey § 127 II und III; Oertmann Anm. 3 zu § 99.
5) a.a.O.
6) In diesem Sinne auch Enneccerus-Nipperdey § 127 III (S.280); Oertmann Anm.3 zu § 99; Kohler Bd.1 S.464 f.
7) RG, 5.Sen. am 8.9.1938, in JW 1938 S.3042.
8) Reichel S.291; RGRK-Kregel Anm.12 zu § 99; Soergel-Siebert Anm.10 zu § 99.
9) Sohm S.80; Reichel S.292; Cosack-Mitteis Bd.1 S.140 Beispiel 1; ähnlich Dernburg, BGB Bd.III S.41 und Anm.9 daselbst; RG in JW 1938 S.3042.

die Bestimmungen des § 99 Abs.1 und Abs.2 auf ihn zutreffen[1].

Unmittelbare Früchte eines Rechtes im Sinne von § 99 Abs.2 sind daher alle Erträgnisse, welche aus dem Recht auf Ausbeute (als nicht substanzminderndes Erträgnis) hervorgehen[2]. Bezogen auf § 581 bedeutet das, daß Früchte bei einem Pachtverhältnis nur dann vorliegen, wenn im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft die vom Pächter erzielten Erträgnisse als Ausbeute des ihm eingeräumten Nutzungsrechtes anzusehen sind.

Der Fruchtbegriff des § 99 ist nicht einheitlich. Er ist ein teleologischer, von der Zweckbestimmung der Sache abhängiger; in § 99 Abs.2 und 3 wirtschaftlicher Art - hier jedoch begrenzt auf die bestimmungsgemäßen Erträge - als auch scheinbar naturwissenschaftlicher Art (Abs.1)[3] - wo eine solche wirtschaftliche Grenze fehlt.

Er ist insofern nur scheinbar naturwissenschaftlicher Art, als die auf die Erzielung der Früchte verwandte Arbeit ignoriert wird - hierzu unten S. 133 ff.

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Übernimmt der Pächter Sachen, die "natürliche" Früchte hervorbringen, so sind dieses Früchte sowohl im Sinne von § 99 Abs.1 wie Abs.2. Übernimmt er jedoch Gegenstände, die von Natur aus nicht fruchttragend sind, die ihm aber mittelbar Früchte bringen, so handelt es sich bei ihnen um Früchte im Sinne von § 99 Abs.3 und Abs.2[4] - Bei dem ordnungsgemäßen Ertrag, den der Pächter zu ziehen berechtigt ist, handelt es sich daher für ihn stets um unmittelbare

---

1) Cosack-Mitteis S.139 f., bes. Beispiel I und IV auf S.139 und Beispiel III auf S.140; ein Recht soll nach Sohm dann als unmittelbare Frucht eines Rechtes anzusehen sein, wenn es ohne die Substanz des Hauptrechtes anzugreifen, nur darauf hinzielt, dessen "Erträgnis" zu verwirklichen.
2) Sohm S.81; Soergel-Siebert Anm.10 zu § 99.
3) Staudinger-Coing Anm.5 zu § 99; Mot. Bd.III S.67 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 127 I 3a 2 (S.818).
4) Staudinger-Coing Anm.11 und 12 zu § 99; Enneccerus-Nipperdey § 127 II und III; Oertmann Anm.3 und 4 zu § 99; Cosack-Mitteis S.139 f.

Früchte eines Rechtes, nämlich des Rechtes zur Nutzung der Sache. Das schließt jedoch nicht aus, daß es sich in bezug auf eine andere Person zugleich auch um mittelbare Früchte oder um mittelbare Sachfrüchte handelt.

Wird beispielsweise vom Eigentümer ein Haus mit der Befugnis überlassen, die einzelnen Räume an Dritte weiter zu überlassen, so kann der Übernehmer dieses Recht durch Weiterüberlassen der Räume bestimmungsgemäß ausnutzen, so daß die dieserart erzielten Einnahmen Früchte im Sinne von § 99 Abs.2 sind, weil sie Ausfluß des vom Eigentümer dem Übernehmer eingeräumten Nutzungsrechtes sind. Die durch die Weiterüberlassung erzielten Einnahmen sind für den Übernehmer zugleich auch Früchte im Sinne von § 99 Abs.3, weil es sich um Erträge handelt, die eine Sache (das Haus) vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Diese Erträge sind für den Übernehmer als Gegenwert für die Überlassung der Sache zum Gebrauch anzusehen[1]. Nur in diesem Sinne ließe sich hier von "Raumfrüchten" und daher von "Raumpacht" reden, weil sich das dem Pächter eingeräumte Nutzungsrecht auf die Weiterüberlassung von Räumen bezieht.

Ist dagegen eine Weiterüberlassung ausgeschlossen, so wird vom Eigentümer kein Recht zur Ausnutzung überlassen, das bei seiner bestimmungsgemäßen Verwendung Erträge abwirft, sondern er gewährt nur die einfache Gebrauchsnutzung - Gebrauchsvorteile im Sinne von § 100 - aber keinerlei Fruchtgenuß. In diesen Fällen kann es sich daher nur um Miete handeln.

Eine andere, ebenfalls noch zu beantwortende Frage ist, ob jeder Gegenstand, wenn er auch an sich geeignet ist, durch Weiterüberlassung mittelbare Früchte hervorzubringen, auch dann Pächterfrüchte (unmittelbare Rechtsfrüchte im Sinne von § 99 Abs.2) hervorbringen kann, wenn die Nutzung durch Weiterüberlassung von Räumen zum Betrieb eines Gewerbes zumindest zweifelhaft zu sein.

Wenn in dem Hausbeispiel der Pächter die einzelnen Räume tatsächlich weiter an Dritte überläßt, so erzielt er eindeutig Früchte im Sinne von

1) Soergel-Siebert Anm.13 zu § 99; zum Ganzen, wie hier, auch RGRK-Kregel in Anm.11 und 12 zu § 99.

§ 99 Abs.3 auf Grund neuer, diese Räume betreffender Rechtsverhältnisse. Aber läßt sich diese Vorstellung des Weiterüberlassens von Räumen auch auf die von Plätzen in Gastwirtschaften, Läden und Theatern an Besucher übertragen? Dieser Gedanke wirkt lebensfremd und grotesk und entspricht auch kaum der Absicht der Parteien. Unter einer Weiterüberlassung an Dritte kann in diesem Sinne nur das Überlassen eines Raumes, Theaters oder Ladens verstanden werden, nicht aber nur ein Stehplatz vor der Theke oder ein Platz in der Schlange vor dem Ladentresen. Der Begriff der "Raumfrüchte" erscheint hier also problematisch.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Räume Früchte abwerfen, soll daher in einem besonderen Kapitel untersucht werden - unten S. 133 ff.

c) Früchte eines Unternehmens und ihr Verhältnis zu § 99

aa) Stellung der Rechtsprechung

Obwohl die Rechtsprechung die Unternehmenspacht ständig anerkannte, nimmt sie nur ganz vereinzelt zu der Frage Stellung, ob und wie die Früchte des Unternehmens dogmatisch in § 99 einzuordnen sind. So meint das OLG München in einer Entscheidung vom 4.5.1918[1], die aus dem Gewerbebetrieb fließenden Erträge seien als Früchte im Sinne von § 99 anzusehen: Aber es erklärt nicht, um welche der in § 99 aufgezählten Früchte es sich handeln soll. Das RG erörtert diese Frage in keiner der hier dargestellten Entscheidungen. Es spricht nur allgemein von der Ausnutzungsfähigkeit eines Unternehmens[2] und verweist darauf, daß die im Unternehmen steckende Werbekraft dem Pächter zugute komme. Darin liegt zwar die Feststellung, daß ein Unternehmen Erträge abwirft, aber sie läßt noch nicht den Schluß zu, es handele sich um Früchte im Sinne von § 99. Auch in allen übrigen hier dargestellten Entscheidungen geht das RG nur davon aus, daß ein Unternehmen verpachtbar ist; worin die dem Pächter zu gewährenden Früchte zu sehen sind, stellt es sich jedoch

1) in OLGE Bd.38 S.147.
2) RGZ Bd.75 S.23.

nicht. Daraus kann man - was auch in der Lehre geschieht[1] - nur schließen, wenn Unternehmen in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen als verpachtbar anerkannt werden, so muß es auch Früchte eines Unternehmens geben.

Das BGB erwähnt in § 99 jedoch die Erträge eines Unternehmens als Früchte ebensowenig, wie es die Übertragbarkeit eines Unternehmens irgendwo regelt. In § 99 sind nur die Früchte einer Sache und die eines Rechtes erwähnt. Das Unternehmen ist aber weder das eine noch das andere, sondern ein mehrschichtiges Rechtsobjekt, in dem Sachen, Rechte und andere Rechtsgüter vereinigt sind.

Selbst in den Entscheidungen im 138. Band, in denen das RG die Notwendigkeit einer scharfen Trennung von Raum- und Unternehmenspacht betont - a.a.O. S.200 - verzichtet es darauf, diese Frage, die eventuell zur Lösung des Problems geführt hätte, zu untersuchen.

Stellung zu der hier interessierenden Frage nimmt der BGH in einem Urteil vom 25.9.1952[2]. Es handelte sich um eine Klage auf Herausgabe der Nutzungen eines Erwerbsgeschäftes, das mit den dazugehörigen Räumen und dem Geschäftsinventar vom Beklagten erworben worden war. Der Kaufvertrag war jedoch nichtig. In dieser Entscheidung heißt es wörtlich: "Falls der Beklagte mit Rücksicht auf die Nichtigkeit des Vertrages ... nach § 988 oder aus anderen Gründen nach den §§ 990, 987 oder 992, 823 zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet ist, fällt darunter doch nicht der Reinertrag aus dem Betrieb. Soweit der aus dem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn als Nutzung oder Frucht dieses Betriebes angesehen werden kann, handelt es sich nicht um die Frucht einer Sache, auf die sich die angeführten Bestimmungen allein beziehen. Der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn steht den Rechtsfrüchten im Sinne von § 99 Abs.2 am nächsten. Die §§ 987 ff. können hier auch nicht entsprechend angewandt werden. Anders als bei den reinen Sachnutzungen beruht der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn in wesentlich stärkerem Maße auf den persönlichen Fähigkeiten und Leistungen desjenigen, der die Nutzungen gezogen hat. Sie sind in der Regel mehr ein Ergebnis dieser rein persönlichen Leistung als das rein gegenständliche Produkt des Betriebes ..."

1) z.B. Pisko in Ehrenbergs Handbuch S.204.
2) BGHZ Bd.7 S.209 ff. (218!).

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Als Früchte eines Unternehmens kann nur der Gewinn des Inhabers in Frage kommen[1], nur in dieser Form sind bei einem Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft Erträge denkbar. Anders ist die Frage bei landwirtschaftlichen Unternehmen[2]. Hier sind auch "natürliche" Früchte zu ziehen. Das Unternehmen im hier beschriebenen Sinne ist ein wirtschaftlicher Organismus und daher auch zur Fruchtziehung geeignet. Ob dabei auf den Reinertrag oder den Rohgewinn abzustellen ist[3], spielt im Bereich dieser Untersuchung keine Rolle, da nur festzustellen ist, ob der Gewinn des Unternehmers Frucht im Sinne von § 99 ist.

Die Ausführungen zum Fruchtbegriff des § 99 hatten ergeben - oben S 111 ff. -, daß unter den in Abs.2 genannten unmittelbaren Rechtsfrüchten die vom Pächter auf Grund seines Fruchtziehungsrechtes gezogenen Früchte zu verstehen sind[4]. Infolgedessen läßt sich nicht mit dem BGH[5] sagen, daß die Früchte des Unternehmens für dessen Inhaber den Rechtsfrüchten im Sinne von § 99 Abs.2 nahestehen. Für den Unternehmensinhaber sind die Erträge seines Unternehmens nicht die eines früchtetragenden Rechtes, sondern seiner in dem Unternehmen fortgesetzten Tätigkeit selbst.

Das Bedenkliche an dem Gedankengang des BGH.tritt hervor, wenn er die Erträge eines Unternehmens als den Rechtsfrüchten in § 99 Abs.2 nahestehend bezeichnet, um dann einige Sätze später festzustellen, sie seien weniger das rein gegenständliche Produkt des Betriebes als vielmehr nur ein Ergebnis der rein persönlichen Leistung des Unternehmers selbst. Denn dann sind die Erträge "Früchte" einer Tätigkeit, Arbeitsertrag, aber nicht "Früchte" eines einem Dritten gehörigen Rechtes, das er ausnutzt. Erträge erzielt der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, weil er eine unternehmerische Idee hat, weil andere danach für ihn arbeiten und er das Pro-

---

1) So auch Otto v. Gierke Bd.3 S.565 Anm.149.
2) z.B. Cosack-Mitteis Bd.1 S.140; Staudinger-Coing Anm.16 zu § 99; BGHZ Bd.7 S.218.
3) Natürlich auch die der Inhaber dinglicher Nutzungsrechte, wie Nießbraucher und Reallastberechtigter; RGRK-Kregel Anm.12 zu § 99.
4) a.a.O. S.218; Affolter §§ 9 und 10 a.A.

dukt dieser mehr oder weniger manuellen Arbeit mit Gewinn verkaufen kann. Dabei handelt es sich in der Regel nicht um die Nutzung eines Rechtes allein. Das Produkt der Arbeitnehmer besteht in Leistungen für den vom Unternehmer zu zahlenden Lohn. Es handelt sich bei ihnen um Leistungen eines gegenseitigen Austauschvertrages z.B. eines Dienstvertrages[1]. Der Unternehmer steuert diese Tätigkeit sinnvoll, um einen möglichst hohen Gewinn durch die Weiterveräußerung der Leistung der Arbeitnehmer zu erzielen. Um unmittelbare Erträge dieser Wirtschaftseinheit handelt es sich daher beim Gewinn des Unternehmers[2].

Das schließt natürlich nicht aus, daß ein Unternehmer auch unmittelbare Rechtsfrüchte im Sinne von § 99 Abs.2 zieht, wenn er in seinem oder gerade durch sein Unternehmen fremde Rechte ausnutzt (z.B. Patente), die ihm zur Ausnutzung überlassen worden sind. Im Verhältnis zum Erfinder sind die Erträge des Unternehmers dann Früchte nach § 99 Abs.2. Übergibt der Unternehmensinhaber sein Unternehmen einem Pächter, damit dieser die im Unternehmen steckenden "Chancen" nutzt, so sind die vom Pächter erzielten Gewinne stets unmittelbare Früchte dieses Rechtes zur Nutzung. Der Pächter tritt praktisch in die Stellung des Unternehmers. Er wird gegenüber den Arbeitnehmern der dienstberechtigte Unternehmer[3]. Er zieht neben den unmittelbaren Rechtsfrüchten auch die bisher noch nicht in § 99 eingeordneten unmittelbaren Erträge des Unternehmens.

Die Bedenken seiner Einordnung der Unternehmenserträge unter § 99 II hat der BGH bei einem späteren Urteil[4] selbst empfunden. Aus dieser jüngeren, nur in Leitsätzen veröffentlichten Entscheidung ergibt sich

---

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann Anm.16 zu § 611.
2) Enneccerus-Lehmann § 137 I 1b scheint dagegen annehmen zu wollen, daß das Unternehmen "zivile" Früchte trägt.
3) Staudinger-Nipperdey-Neumann Anm.48 zu § 611 und Anm.20-22 zu § 613; Oppikofer S.128; Hueck-Nipperdey S.514.
4) Ebenfalls der 2.Sen. vom 3.11.55 in BB 1956 S.18 Nr.13.

zweierlei: Nach wie vor hält der BGH daran fest, daß der Gewinn des Unternehmers im wesentlichen durch die Fähigkeiten und Leistungen des Unternehmers selbst abhängt; zum andern aber bestätigt der BGH: "Der Begriff der Nutzungen (Früchte und sonstige Gebrauchsvorteile einer Sache oder eines Rechtes; § 100) umfaßt auch den Gewinn eines Unternehmens des Wirtschaftslebens."

Hier ordnet der BGH den Unternehmergewinn nur unter den weiteren Begriff der Nutzungen des § 100 ein, da aber der Unternehmergewinn kein Gebrauchsvorteil im Sinne von § 100 sein kann, weil darunter nur die natürlichen Vorteile einer rein tatsächlichen Nutzung zu verstehen sind[1], ist die Entscheidung des BGH dahin zu verstehen, daß die Erträge unter die Früchte im § 99 fallen. Eine Zuordnung zu den verschiedenen, in dieser Norm aufgezählten Kategorien nimmt er jedoch nicht vor. Es soll daher untersucht werden, inwieweit diese Frage in der Lehre behandelt und gelöst wurde.

bb) Die Stellung der Lehre

Der BGH[2] hatte sich für seine Ansicht auf den RGRK[3] berufen, als er behauptete, der Unternehmergewinn stehe den unmittelbaren Rechtsfrüchten in § 99 Abs.2 nahe. Hier wurde bereits dargelegt, daß diese Auffassung nicht zu billigen ist. Auch eine Behandlung des Unternehmergewinns als mittelbare Sach- oder Rechtsfrüchte nach § 99 Abs.3 scheidet aus, weil der Unternehmer - jedenfalls als der darüber Verfügungsberechtigte - keine Gewinne dadurch erzielt, daß er auf die eigene Ausnutzung einer Früchte tragenden Sache oder eines Rechtes gegen Entgelt verzichtet.

Es bleibt daher nur noch die Möglichkeit zu untersuchen, ob sich die Erträge eines Unternehmens in den Begriff der unmittelbaren Sachfrüchte des § 99 Abs.1 einordnen lassen.

---

1) Soergel-Siebert Anm.2 zu § 100; Staudinger-Coing Anm.1 und 4 zu § 100.
2) BGHZ Bd.7 S.207.
3) RGRK-Kregel (11. Aufl.) Anm.4 zu § 99, jedoch ohne jede Begründung und auch nur als möglich erwägend.

Seinem Wortlaut nach paßt diese Bestimmung für den Unternehmergewinn ebenfalls nicht. Es ist daher zu überlegen, ob § 99 Abs.1 nicht analog auf die Unternehmererträge angewendet werden kann oder inwieweit der Sachbegriff in § 99 (ähnlich wie in § 119) erweitert werden kann[1].

Einen solchen Weg geht im Grunde Cosack[2] mit seiner Lehre von den Betriebsfrüchten. Cosack geht davon aus, daß es viele Arten von Früchten gibt, von denen die drei wichtigsten die Sacg-, Rechts- und Betriebsfrüchte sind. Von Betriebsfrüchten spricht Cosack immer dann, "wenn der fruchttragende Gegenstand weder eine Sache, noch ein subjektives Recht, sondern etwa ein Gewerbebetrieb ist." Auch dabei könne man wieder rechtlich und natürliche - d.h. mittelbare und unmittelbare - Früchte unterscheiden. Unmittelbare Betriebsfrüchte in diesem Sinne zieht der "Eigentümer" des Unternehmens, wenn er selbst wirtschaftet, mittelbare dann, wenn er das Unternehmen verpachten oder Teile davon vermieten würde. Der Pächter zöge dann unmittelbare Rechtsfrüchte nach § 99 Abs.2.

Cosack übersieht dabei jedoch den eindeutigen Wortlaut des § 99 und begründet seine Auffassung auch nicht näher. Somit entsteht die gleiche Problematik wie bei der Rechtspacht - oben S. ff. Dadurch, daß das BGB den engen Sachbegriff einführte, ist bei einer wörtlichen Interpretation des § 99 Abs.1 kein Raum für die Erträge eines Unternehmens[3].

---

1) So Enneccerus-Lehmann § 137 I, 1b, der sich auf den Hinweis beschränkt, ein gewerblicher Betrieb sei verpachtbar, wenn er "zivile" Früchte trage. Soweit in der Literatur überhaupt zur Frage der rechtlichen Behandlung der Unternehmenserträge als Früchte Stellung genommen wird, geschieht dies ohne jede Begründung; so bei Staudinger-Kiefersauer Anm.13 ff. zu § 581; Staudinger-Coing Anm.11 zu § 99; Enneccerus-Nipperdey § 127 IV. In der älteren Literatur wurde diese Frage gar nicht behandelt; z.B. bei Dernburg BGB Bd.3 § 8; Crome System Bd.1 § 69; Oertmann zu § 99; Planck zu § 99; auch bei Affolter, Fruchtrecht, fehlt jede Stellungnahme.

2) Cosack-Mitteis Bd.1 S.140.

3) Siehe auch Wieacker in AcP Bd.148 S.98 ff.

Zum gleichen Ergebnis wie Cosack, jedoch ohne den Begriff der Betriebsfrüchte, kommt Pisko[1], der § 99 Abs.1 direkt anwendet. Dieses scheint indes an dem engen Sachbegriff (§ 90) zu scheitern. Es bleibt daher anscheinend nur noch die Möglichkeit, § 99 Abs.1 auf die Unternehmensfrüchte entsprechend anzuwenden. Das wird von den meisten Autoren[2], die diese Frage untersuchen, auch bejaht.

Diese Ansicht wird bestärkt durch die hier vertretene Auffassung, daß die vom Unternehmer erzielten Erträge solche sind, die ihm als Folge seiner Tätigkeit aus dem von ihm betriebenen Unternehmen erwachsen, solange er das Unternehmen ordentlich führt. Die Situation ist scheinbar die gleiche wie bei einer von Natur aus Frucht tragenden Sache im Sinne des § 99 Abs.1. In beiden Fällen liegt ein Organismus vor, wenn auch kein "natürlicher", beide sind produktiv, d.h. sie bringen Erträge hervor. Ihre Übereinstimmung ist "wertungsmäßig so bedeutsam"[3], daß es gerechtfertigt erscheinen kann, beide Erträgnisse auch einheitlich als Früchte im Sinne von § 99 Abs.1 zu behandeln. Es fragt sich aber, ob eine solche analoge Anwendung des § 99 Abs.1 überhaupt sinnvoll ist. Näher liegt es - siehe unten S.125 ff. -, da fast ausschließlich wirtschaftliche Erträge als "Früchte" in Frage kommen, unter Sache in § 99 Abs.1, ähnlich wie bei § 119 Abs.2 durch eine "wertende Betrachtungsweise"[4] ebenfalls jeden Geschäftsgegenstand, der wirtschaftliche Erträge abwirft, zu verstehen. Unter "Sache" in § 99 Abs.1 wären dann nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch ihnen gleichstehende wirtschaftliche Organismen (Unternehmen) zu zählen[5].

---

1) In Ehrenbergs Handbuch Bd.1 S.204.
2) Soergel-Siebert Anm.3 zu § 99; nicht eindeutig HGB-RGRK (Würdinger) Anm.45 zu § 22; v.God in Nutzungsrecht S.27 ff.; Pisko a.a.O.
3) Larenz, Methodenlehre S.281 ff.
4) Soergel-Siebert Anm.29 zu § 119.
5) v.Tuhr weist in einer Besprechung von Affolters Buch (Fruchtrecht...) in DJZ 1911 S.826, darauf hin, daß "Sache" in § 99 nicht im Sinne von körperlicher Gegenstand (§ 90) gebraucht würde, sondern nach seiner Auffassung sei das Wort Sache "wie im täglichen Leben" im Sinne von "Eigentum an der Sache" gebraucht. Nur wenn man in § 99 Abs.1 die Früchte des Eigentums erfaßt sehe, komme diese Bestimmung in ein "richtiges logisches Verhältnis".

cc) Eigene Meinung

aaa) Der Aufbau des §§ 99

Die Schwierigkeit, Erträge eines Unternehmens dogmatisch als Früchte in § 99 einzuordnen, entsteht, weil das BGB den Begriff des Unternehmens als einheitlichen Rechtsgegenstand nicht kennt und somit das Unternehmen auch in § 99 nicht erwähnt wird. Diese Bestimmung spricht nur von den Früchten einer Sache und eines Rechtes. Eine allgemeine Definition dessen, was unter Früchten im Sinne des BGB verstanden werden soll, enthält § 99 ebenfalls nicht. Dort sind vielmehr nur die verschiedenen Kategorien von Früchten aufgezählt[1], die dann einzeln definiert werden. Diese Einteilung und Bestimmung der Fruchtarten soll in allen Fällen gelten, in denen es auf den genauen Begriff dessen, was zu den Früchten zählt, ankommt: Sowohl in den Fällen, da jemand ein Fruchtziehungsrecht an einem Gegenstand eingeräumt bekommt, wie auch dann, wenn Früchte herauszugeben oder zu ersetzen sind (§§ 986 ff.)[2].

Das Ergebnis der Gesetzgebung war ein Gemisch gemeinrechtlicher Vorstellungen und neuerer Auffassungen, so daß - wie Coing[3] es formuliert - der Fruchtbegriff des BGB ein festes Prinzip vermissen läßt.

Das gemeine Recht hatte einen "streng einheitlichen Fruchtbegriff"[4], dem eine zweckbestimmte Betrachtungsweise zugrunde lag, bei der Früchte immer Erträge waren, "die eine Sache ihrer Bestimmung gemäß und ohne Veränderung ihres Wesens abwarf, sei es unmittelbar ("natürliche Früchte"), sei es infolge eines auf die Erzielung dieser Erträgnisse ge-

1) Reichel in IJ Bd.42 S.266 f.
2) Mot. Bd. III S.68.
3) Bei Staudinger Anm.5 zu § 99.
4) Enneccerus-Nipperdey § 127 I.

richteten Rechtsverhältnisses (zivile, bürgerliche, juristische Früchte)[1].

Auch das BGB enthält wirtschaftliche Gesichtspunkte: So ausschließlich in § 99 Abs.2[2] und Abs.3 und bis zu einem gewissen Grade auch in Abs.1, wo von dem bestimmungsgemäßen Ertrag (bzw. Ausbeute)[3] die Rede ist. Daneben ist aber auch ein "naturwissenschaftlicher Gesichtspunkt" aufgenommen, in dem in Abs.1 1. Hälfte als Früchte auch alle organischen Erzeugnisse aufgefaßt sind und zwar ohne Beschränkung auf einen bestimmungsgemäßen Ertrag oder auf einen der Bestimmung der Muttersache entsprechenden Ertrag[4]. Mit Recht kritisiert Coing[5]

1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; ähnlich Staudinger-Coing in Anm.2 zu § 99.
Streitig war jedoch bei den natürlichen Früchten, ob diese als organische Erzeugnisse im Sinne einer naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise - so Göppert a.a.O. - aufzufassen waren oder ob das Wesen der Frucht in deren Auffassung als wirtschaftlicher Ertrag, also bei rein wirtschaftlichen Merkmalen liegen sollte - so Reichel und von Petrazycki-. Unter letzteren war wiederum streitig, ob es sich um periodisch wiederkehrende Erträge - so von Petrazycki - handeln muß oder ob es genügt, wenn die Substanz der Muttersache erhalten würde - so Reichel. Siehe auch Dernburg, Bd.1 § 78; Winscheid-Kipp § 144.

2) In den Motiven - Bd.III S.69 - wird die Behandlung der Erträge als Früchte dadurch gerechtfertigt, daß diese Erträge "in der Regel die wirtschaftliche Bedeutung der Früchte haben und daher auch rechtlich als solche zu behandeln sind." (Weiter: "Dabei macht es keinen Unterschied, ob das fruchtbringende Recht selbständig oder mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden ist. Auch in dem letzteren Fall ist begriffsmäßig nicht die Sache, sondern das Recht die Quelle, aus welchem die Erträge fließen.")

3) Beides bedeutet sinngemäß dasselbe; Oertmann Anm. 2b ß zu § 99; Hölder Anm.5 zu § 99; Kuhlenbeck, BGB S.280; Hölder in IJ Bd.42 S.280f.

4) Staudinger-Coing Anm. 5 zu § 99; Oertmann Anm. 2 und 3 zu § 99; Enneccerus-Nipperdey § 127 I a.E.; Mot. Bd. III S.68 f.

5) Bei Staudinger, Anm.5 zu § 99.

daher den § 99 als eine "nicht eben glückliche Kombination zweier heterogener Betrachtungsweisen".

Es entsteht der Eindruck, daß der Gesetzgeber den naturwissenschaftlichen Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang überbewertete. So hatte der Umstand, daß in § 99 Abs.1 Früchte einer Sache an erster Stelle genannt wurden, zur Folge, daß für den § 99 Abs.1 schlechthin von "natürlichen Früchten" gesprochen wurde.[1] Darüber hinaus ist die Vorstellung davon, daß etwas "natürliche" Frucht einer (von Natur aus fruchttragenden) Sache ist, übertrieben; denn nur von Natur aus entstehen "Früchte" selten. Stets ist dazu menschliche Tätigkeit erforderlich. Sicher ist die Banane an der Bananenstaude im Urwald "natürliche Frucht"; aber "natürliche Früchte" im Rechtsleben sind kaum vorstellbar ohne menschliche Tätigkeit. Die "von Natur aus fruchttragende Sache" - z.B. die herrenlose Bananenstaude im Urwald - ist eben nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, das die Überlassung zum Fruchtgenuß bezweckt; überhaupt sind Rechtsverhältnisse, die die Überlassung eines einzelnen, von Natur aus fruchttragenden Gegenstandes, ein einzelnes Tier oder ein Baum, zum Inhalt haben, selten. Werden Felder und Gärten allein überlassen, was häufiger geschieht, so gedeihen Früchte auf ihnen ohne menschliches Zutun überhaupt nicht, Tiere werden planmäßig gezüchtet usw.

So ist z.B. die "natürliche" Frucht eines Baumes, eines Gartens oder Feldes kaum ohne hinzutretende menschliche Veredlungs- oder Pflegetätigkeit denkbar. Auch bei den Tieren, soweit sie Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, entstehen ihre "Früchte" nicht ohne menschliches Zutun; denn die Frage, wem ein Fohlen zusteht, dem Eigentümer des Hengstes oder der Stute, setzt voraus, daß Menschen die Tiere zusammenbrachten - bei wild lebenden Pferden und anderen wilden Tieren entsteht das Problem, wem die Tierjungen gehören, nicht. In irgendeiner Form ist mit der Fruchtentstehung und Fruchtgewinnung im Rechtsverkehr daher menschliches Zutun untrennbar verknüpft.

Diese Überlegungen müssen auch bei der Auslegung des § 99 Abs.1 berücksichtigt werden. Abs.1 1. Hälfte dieser Bestimmung ist daher nicht streng

1) Z.B. Warneyer Anm.1 zu § 99; Sohm, Gegenstand S.80.

objektiv naturwissenschaftlich (biologisch) auszulegen[1], sondern mit Kuhlenbeck[2] ist davon auszugehen, daß es sich hier um einen "ökonomischen, persönlichen-relativen Begriff handelt, der sich durch die individuellen Wirtschaftsverhältnisse bestimmt"[3].

Ist deshalb die Konstruktion des § 99 in sich schon als nicht sehr glücklich anzusehen, so ist weiter zu bemerken, daß sie weder den Begriff des Ertrages näher bestimmt, noch die Erträge eines Unternehmens als Früchte in Abs.1 oder 3 erwähnt oder wenigstens als weitere Kategorie ihrem Wortlaut nach aufnimmt.

Bei der Frage nach der Verpachtbarkeit des Unternehmens hatte sich gezeigt, daß zwar in den Pachtbestimmungen der §§ 581 ff. das Unternehmen nicht erwähnt wird, daß aber andere gesetzliche Bestimmungen und insbesondere auch in den Materialien zum BGB[4] eine Unternehmenspacht anerkannt ist. Es hätte daher nahegelegen, die Erträge eines Unternehmens als Früchte dadurch anzuerkennen, daß sie auch im Gesetz als solche aufgenommen wurden. Denn auch hinsichtlich dieser Erträge könnte man im Sinne der Motive feststellen[5]:

"Die Erträge", die ein Unternehmen "bei bestimmungsgemäßer Nutzung gewährt, haben in der Regel die wirtschaftliche Bedeutung der Früchte".

bbb) Die Bedeutung der Früchte im Rechtsverkehr

Der Fruchtbegriff spielt immer nur dann eine Rolle, wenn mindestens zwei Personen vorhanden sind, die Ansprüche auf die Erträge eines Objektes wegen eines Rechtes des einen oder anderen an diesem Objekt,

1) Reichel IJ Bd.42 S.272; Kuhlenbeck Vorbem. 1 zu § 99.
2) ebenda.
3) ders. ebenda; genauso Reichel in IJ Bd.42 S.272; dort findet sich auch der Satz: "Es ist nicht erforderlich, daß die fruchttragende Sache unter allen Umständen "die" Ursache der Existenz der Frucht sei." Sie brauche nur Mitursache, Bedingung zu sein.
4) Prot. Bd. II S.232.
5) Bd.III S.69.

erheben. Es gibt, wie Kuhlenbeck[1] bemerkt, keine objektiven Merkmale, "auf Grund deren sich behaupten ließe, daß ein Objekt als Frucht behandelt werden müsse". Entscheidend ist immer nur das Verhältnis, in dem sich jemand zu organischen oder unorganischen Erzeugnissen befindet, danach können sie als Frucht oder Nichtfrucht behandelt werden[2]. Ist nur der Eigentümer eines fruchttragenden Gegenstandes vorhanden, so ist die Frage nach dem, was Frucht ist, unerheblich. Erst wenn mehrere Personen darum streiten, wem bestimmte Gegenstände als Früchte gehören, ob sie herauszugeben oder zu ersetzen sind, gewinnt die Frage an Bedeutung, was begrifflich unter Früchten zu verstehen ist. Wird ein Unternehmen verpachtet, so hat in der Tat der Unternehmer - Pächter auch das Recht auf die Erträge des Unternehmens gegenüber dem Verpächter.

Im Rechtsverkehr stellt sich in der Regel die Frage, wenn Früchte zu ersetzen oder herauszugeben sind, nach dem Ertrag eines Gesamtkomplexes als Frucht. Denn von Natur aus fruchttragende Sachen, wie sie § 99 Abs.1 im Auge hat, werden nur selten allein überlassen[3]. Die rein naturwissenschaftliche Betrachtungsweise des § 99 Abs.1 spielt in der Praxis keine Rolle. Gegenstand der Überlassung und der Fruchtziehung sind überwiegend ganze Komplexe. Einzelne Tiere oder Bäume werden meist im Rahmen der Überlassung eines landwirtschaftlichen Betriebes unter anderem mitüberlassen.

Die Frage, was unter Früchten im konkreten Fall zu verstehen ist, stellt sich ferner im Rahmen einer werbenden Tätigkeit. In deren Rahmen werden Erträge gezogen, zu Recht oder Unrecht, innerhalb dieser Tätigkeit werden sie verbraucht oder müssen ersetzt werden. Typisch ist also stets, daß ein fruchttragender Gegenstand an einem wirtschaftlichen Prozeß teilnimmt und sich die Frage der rechtlichen Zuordnung bzw. des Ersatzes stellt, wenn diese Tätigkeit endet.[4] In Frage kommt im Falle des

---

1) S.279, im Anschluß an von Petrazycki, Bd.1 S. 1-58.
2) Kuhlenbeck, BGB a.a.O.
3) Siehe oben S. 124.
4) Ähnlich argumentiert Dernburg, BGB Bd.3 S.37 ff. (38!) und Kuhlenbeck S.282 -: Es handele sich beim Fruchtbegriff um etwas Wirtschaftliches, nicht um einen naturwissenschaftlichen Tatbestand.

Ersatzes nur ein Geldersatz, da eine Naturalrestitution fast immer ausgeschlossen ist, z.B. ein wertvolles Kalb ist tot, Äpfel sind verfault[1].

Es fragt sich daher, ob § 99 nicht rein teleologisch dahin zu interpretieren ist, daß unter den "Früchten eines Gegenstandes" der wirtschaftliche Ertrag eines Gegenstandes nicht in seiner (vereinzelnden) bloßen Körperlichkeit, sondern in dem Zusammenhang zu verstehen ist, in dem er nach der wirtschaftlichen Tätigkeit dessen steht, der ihn bewirtschaftet, vor allem also des Unternehmens als objektivierten Tätigkeitsbereiches. Das hätte u.a. eine Vereinfachung des Aufbaus in § 99 zur Folge und würde es ermöglichen, auch die Erträge eines Unternehmens dogmatisch einwandfrei in das BGB einzuordnen. Ehe jedoch ein solcher Schritt getan werden kann, ist zu prüfen, inwieweit eine solche Auslegung des Begriffs der fruchttragenden Sache methodisch vertretbar und berechtigt ist.

ccc) Die Auslegung des Terminus "Sache" in § 99 Abs. 1 (Grundsätzliches)

Bei der Gesetzesauslegung stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Wahl: Man kann auf Grund einer subjektiven oder objektiven Betrachtungsweise versuchen, zu einem besseren Ergebnis als auf dem bisherigen Wege zu gelangen. Beide Theorien sind in ihrer näheren Ausgestaltung untereinander aber auch gegeneinander in der Wissenschaft stark umstritten. Auch in der Rechtsprechung hat sich keine einheitliche Auffassung für oder gegen eine Theorie durchgesetzt[2],

---

1) Hölder Anm.5 zu § 99.

2) Eine Übersicht über die verschiedenen Auffassungen bei Enneccerus-Nipperdey § 54 II in Anm.2, die Vertreter der subjektiven, in Anm.5 die der objektiven Theorie. Zur letzteren auch Larenz, Methodenlehre S.30 ff. und 237 ff. Für die subjektive Theorie in der Rechtsprechung: RGZ Bd.89 S.187; Bd.142 S.41; BGHZ in LM Nr.3 zu § 133 BGB; BGHZ Bd.13 S.36; BGHZ in NJW 1958 S.1196. Im Sinne der objektiven Theorie BVerf.GE Bd.1 S.312; eine gute Übersicht bei Bender in JZ 1957 S.593.

Während die ältere subjektive Theorie für die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung ausgeht von der "Erforschung des psychologisch-historischen Willens des Gesetzgebers"[1], stellt die neuere objektive Theorie ab auf "die Erschließung des dem Gesetz innewohnenden vernünftigen Sinnes, des normativen Gesetzessinnes"[2].

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn versucht würde, zu einer eigenen Stellungnahme zu gelangen. Daher soll davon ausgegangen werden, daß - wie Larenz[3] es formuliert, jede Theorie nur eine "Teilwahrheit" enthält und auf Anleihen bei der anderen angewiesen ist, daß die "Wahrheit" vielmehr nur in einer Synthese beider Theorien gefunden werden kann. Ziel des Versuchs, § 99 auf diese Weise auszulegen, muß dabei jedoch sein, den "als maßgeblich zu erachtenden normativen Gesetzessinn" herauszufinden[4]. Der (historische) Wille des Gesetzgebers wirkt als "schöpferischer Anstieb" in dem normativen Gesetzessinn fort[5].

ddd) Der Wortsinn

Für die Auffassung, daß unter Früchten im Rechts- und Wirtschaftsverkehr überwiegend nur der wirtschaftliche Ertrag verstanden wird und somit unter dem Begriff der bestimmungsgemäßen Ausbeute einer Sache in § 99 auch die Erträge eines Unternehmens zu verstehen sind, gibt der

---

1) Formulierung nach Larenz S.237.
Gegen diese Deutung der subjektiven Theorie wendet sich Nipperdey - bei Enneccerus § 54 II, 1a-. Er will die subjektive Theorie dahin verstanden wissen, daß sie nicht nach dem psychologischen Willen fragt sondern nach einem "im Gesetzgebungsakt herrschend gewordenen normativen Willen des Gesetzgebers", d.h. dem im Gesetz zur Geltung gelangten Gemeinschaftswillen. Zu den weiteren Argumenten Nipperdeys, Larenz, Methodenlehre S.237.

2) So Larenz, Methodenlehre, S.237.

3) Larenz daselbst S.238 f.

4) Larenz S.239.

5) Zu einem sehr ähnlichen Ergebnis kommt auch Enneccerus-Nipperdey § 54 II 1c und § 56 II, obwohl dort die subjektive Theorie vertreten wird.

Wortlaut der Norm nichts her. Trotz der Definition des Sachbegriffes in § 90 wird der Sinn des Terminus Sache an anderen Stellen des Gesetzes anders ausgelegt. Denn daß sich Lehre und Rechtsprechung nicht an der in § 90 gegebenen Definition des Sachbegriffes hielten, zeigt das bereits erwähnte Beispiel des § 119 Abs.2, wo unter Sache jeder "Geschäftsgegenstand" verstanden wird[1].

eee) Der Bedeutungszusammenhang

Zwar erwähnt das Gesetz das Unternehmen weder in § 581 noch in § 99, andererseits aber erkennt das BGB in anderem Zusammenhang die Unternehmenspacht ausdrücklich an - oben S. 79 ff-. Da kennzeichnend für die Pacht nach der Bestimmung des § 581 das Fruchtziehungsrecht des Pächters ist, muß das Gesetz stillschweigend davon ausgehen, daß das Unternehmen Früchte abwirft, die zu ziehen der Pächter berechtigt sein soll. Als solche kommen nur die erzielten Erträge in Frage[2]. Da aber der Ausdruck Erträge sinngemäß dasselbe wie Ausbeute in § 99 Abs.1 bedeutet[3], so ist der Ertrag als "rechnerische Summe, als Ergebnis eines Betriebes für eine bestimmte Zeit"[4] indirekt als Frucht anerkannt. Erträge sind daher Früchte, die sich aus einem Betriebe ergeben, sind Gewinn und werden vom Gesetz als Früchte angesehen. Würde man die Er-

1) Hierzu RGZ Bd.149 S.238; RG in JW 1938 S.2348; Enneccerus-Nipperdey § 168 II b; Soergel-Siebert Anm.29 zu § 119; weitere Beispiele bei Larenz, Methodenlehre S.243.

2) Ob als Frucht nun der Reingewinn oder der Rohgewinn angesehen wird, bleibt hierfür unerheblich; zu dieser Frage Cosack-Mitteis Bd.1 S.140; S_t audinger-Coing Anm.16 zu § 99; BGHZ Bd.7 S.218.

3) Oertmann Anm.2b zu § 99; Hölder Anm.5 zu § 99; Uhlenbeck S.282; Reichel S.280 f.

4) Oertmann Anm.6a zu § 99: Frucht ist begrifflich vom Ertrag zu scheiden. Beim Ertrag "verschwindet ganz der körperliche, konkrete Gegenstand, als der sich die Frucht wenigstens in ihrer ursprünglichen Gestalt - als natürliche Frucht - darstellt, und es handelt sich nur noch um eine rein rechnerische Summe, die sich als Ergebnis eines Betriebes für eine bestimmte Zeit ergibt"; ähnlich Reichel in IJ Bd.42 S.285; Hölder Anm.5 zu § 99; Kuhlenbeck, BGB Bd.1 S.280.

träge eines Unternehmens in § 99 nicht als Früchte behandeln, so entstünde ein Bruch in der Systematik des Gesetzes. Man kann eine Norm - hier § 90 und § 99 - nicht für sich allein betrachten, sondern es gibt "nur Rechtsnormen, die in ihrem Zusammenhang gelten"[1].

Im Zusammenhang mit den übrigen, den Fruchtbegriff verwendenden Bestimmungen können daher die Erträge eines Unternehmens nur als Früchte im Sinne von § 99 Abs.1 als sonstige bestimmungsgemäße Ausbeute angesehen werden.

fff) Der Wille des Gesetzgebers

Ein ähnlicher Zwiespalt besteht in den Materialien zum BGB. Einerseits wird das Unternehmen als Pachtobjekt angesehen[2], andererseits aber werden die Erträge eines Unternehmens rechtlich in den Begriff der Früchte nicht aufgenommen[3]. Die Beratungen - Protokolle a.a.O. - lassen nur den Schluß zu, daß es als selbstverständlich angesehen wurde, daß Unternehmen als solche verpachtbar seien und daher auf ihre ausdrückliche Erwähnung verzichtet wurde. Bei der späteren Beratung des heutigen § 99 - § 792 des Entwurfs - wurden weder das Unternehmen noch dessen Erträge erwähnt. Jedoch lassen die Motive erkennen, daß § 99 Abs.1 mit dem Erfassen der bestimmungsgemäßen Ausbeute der Sache als Früchte, den Fruchtbegriff über das "Gebiet organischer Erzeugnisse hinaus" ausgedehnt werden sollte[4].

Auch die Ausbeute bei Bodenbestandteilen ist zwar etwas Körperliches, aber sie ist keine Frucht, weil sie die Substanz verzehrt. Sie ist nur dann Frucht, wie § 99 Abs.1 bestimmt, wenn sie bestimmungsgemäß gewonnen wird. Damit geht auch das BGB über einen bloß naturwissen-

1) Somló jur. Grundlehre S.382.
2) Prot. Bd. II S.233 ff. und S.253 ff.
3) So findet sich weder in den Motiven - Bd.II S.67 ff. - noch in den Protokollen - Bd.III S.23 f. - ein entsprechender Hinweis.
4) In diesem Sinne deutet auch Kuhlenbeck, S.282, die Materialien.

schaftlichen Fruchtbegriff zu einem tleologisch-rechtlichen über.[1]

Auch die Entstehungsgeschichte des § 99 spricht somit stark dafür, daß zur bestimmungsgemäßen Ausbeute einer Sache im Sinne von § 99 Abs. 1 nicht nur die Ausbeute in Form von den aus einem Grundstück gewonnenen Mineralien, sondern auch die Erträge eines Unternehmens fallen.

ggg) Der Gesetzeszweck

Geht man davon aus, daß das BGB einerseits das Unternehmen als verpachtbar anerkennt, an ihm also ein Fruchtziehungsrecht eingeräumt werden kann, und stellt ihm dann die Bestimmungen des § 99 gegenüber, wo der Gesetzgeber eine allgemeine Bestimmung dessen treffen wollte, was in den weiteren Bestimmungen der einzelnen Bücher des BGB jeweils als Frucht aufzufassen sei, so zeigt sich, daß der vom Gesetzgeber in § 99 gewählte Terminus Sache wegen seiner Beschränkung auf körperliche Gegenstände - § 90 - zu eng ist.

Gemessen am Zweck dieser Norm erfaßte der Gesetzgeber zu wenig[2]. Sinnvoll erscheint die Bestimmung des § 99 daher nur, wenn der angestrebte Zweck der Norm, nämlich allgemein festzulegen, was im besonderen als Frucht anzusehen ist, erreicht wird. Das wiederum kann hier nur geschehen, wenn auch die Erträge eines Unternehmens als Frucht angesprochen werden, da das BGB in besonderen Fällen, z.B. in den §§ 581 und 1821 Ziff. 4, erkennbar vom Unternehmen als einem fruchttragenden Gegenstand ausgeht.

1) Siehe oben S. 124 ff.

2) So sind nach der neueren Rechtsprechung des BGH - bei LM Nr. 3 zu § 897 - die Erträge eines Unternehmens Nutzungen im Sinne von § 100, damit Früchte und gemäß § 987 herauszugeben. Anders noch BGHZ Bd. 7 S. 208 - s.o. S. 116 ff. -; RGRK-Johannsen Anm. 14 zu § 987. Im Grunde bestätigt der BGH - BB 1956 S. 18 Nr. 13 - die hier vertretene Auffassung, wenn er ausführt: "Der Begriff der Nutzungen (Früchte und sonstige Gebrauchsvorteile einer Sache oder eines Rechtes; § 100) umfaßt auch den Gewinn eines Unternehmens des Wirtschaftslebens."

hhh) Ergebnis

Es entspricht somit sowohl dem Willen des Gesetzgebers als auch den teleologischen Kriterien, wenn unter die bestimmungsgemäße Ausbeute einer Sache auch die Erträge eines Unternehmens gezählt werden. Zwar fehlt es, wie bereits dargelegt, an einem wirtschaftlichen Regulativ bei den von Natur aus fruchttragenden Sachen, die § 99 Abs.1 im Auge hat: "Früchte sind die Erzeugnisse der Sache ..." Die zweite Hälfte dieses Absatzes, Früchte sind auch "die sonstigen Gebrauchsvorteile, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß" gewonnen werden, enthält in Bezug auf Maß und Wirtschaftlichkeit der Fruchtziehung keinerlei Einschränkungen. Jedoch wird der Fruchtbegriff hier allgemein durch den Gedanken der Substanzerhaltung eingeschränkt. Nur das ist als Ausbeute anzusehen, was die Sache ihrer Bestimmung gemäß gewährt, wobei diese in ihrer Substanz erhalten bleiben muß[1]. § 99 Abs.1 ist daher so zu lesen: Früchte sind die Erzeugnisse einer Sache, sowie die sonstige Ausbeute, die aus ihr oder einem ihr gleichstehenden wirtschaftlichen Organismus seiner Bestimmung gemäß gewonnen wird. Soweit fruchttragende Einzelsachen zum Unternehmen gehören und Bestandteil des Unternehmens sind, werden ihre Früchte mit zu denen des Unternehmens gezählt. Gehört dagegen eine fruchttragende Einzelsache einem Dritten, so kommt es auf die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Inhaber des Unternehmens für die Frage an, wem die Früchte dieser Sache rechtlich zuzuordnen sind.

Andererseits fällt auf, daß das BGB in den Fällen der rechtlichen Zuordnung oder des Ersatzes von Früchten, darunter Früchte in einem wirtschaftlichen Sinn versteht; so z.B. bei der Pacht in § 581, wonach der Pächter nur die Früchte ziehen darf, die als Ertrag einer ordnungsgemäßen Wirtschaft anzusehen sind[2]. Entsprechende Formulierungen verwendet der Gesetzgeber in § 993 Abs.1 hinsichtlich der Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen für den redlichen Besitzer, in § 1036 Abs.2 für

1) So statt vieler Staudinger-Coing Anm.9 zu § 99; Enneccerus-Nipperdey § 127 II, 1a; Reichel in IJ Bd.42 S.277.

2) So gehören ihm nicht die durch Windbruch umgeworfenen Bäume: Mittelstein-Stern S.24 f.

den Nießbraucher[1]. Auch in § 99 Abs.3 fällt unter den Begriff der Sache sinngemäß auch das Unternehmen nach der hier vertretenen Auffassung. Da jeder Gegenstand weiterüberlassen werden kann, soweit das nicht im Einzelfall rechtlich ausgeschlossen ist, kann auch jeder Gegenstand durch seine Weiterüberlassung an Dritte seinem Inhaber mittelbare Früchte abwerfen.

c) Zusammenfassung

Auf Grund der bisherigen Untersuchungen ergibt sich, daß der Rechtsprechung des RG zur Unternehmenspacht nicht beigetreten werden kann. Das zeigte sich besonders bei der dargestellten letzten Entscheidung des 3. Senats[2].

Für die Abgrenzung von Miete und Pacht erklärt das RG pauschal: "Maßgebend ist stets, daß es sich um die Überlassung eines eingerichteten Unternehmens zum Betrieb handelt, daß betriebsfertige Räume überlassen werden, die es dem Übernehmer ermöglichen, aus dem wirtschaftlichen Organismus, der mit dem gesamten Unternehmen verbunden ist, alsbald einen Ertrag in Form bürgerlicher Früchte zu ziehen."

---

1) An Früchten, die der Nießbraucher einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zuwider oder im Übermaß zieht, erwirbt er zwar gemäß § 1039 das Eigentum, hat jedoch dem Verfügungsberechtigten den Wert dieser Früchte zu ersetzen.
Ähnlich ist die Regelung für den Vorerben, § 2133. Grundsätzlich hat auch der Vorerbe nur ein Recht auf die bei ordnungsgemäßer Verwaltung gezogenen Nutzungen; darüber hinaus gezogene hat er den Nacherben zu ersetzen, §§ 2130, 2111; Staudinger-Seybold Anm.1 zu § 2133; Lange, Erbrecht S.247 f.

2) S.o.S. 60 ff.
Gegenstand eines Überlassungsvertrages war eine Schankwirtschaft mit Inventar etc., das der Pächter während der Pachtzeit kaufte. Der Verpächter klagt auf Räumung. Der Beklagte wendet ein, seit dem Kauf des Inventars liege Miete vor.

Damit hat der Senat noch einmal zusammenfassend ausgesprochen, was einer näheren Nachprüfung nicht standhält: Nämlich daß ein Unternehmen schon dann vorliegt, wenn betriebsfertige Räume überlassen werden. Klare Grenzen zwischen Raum- und Unternehmenspacht verschwinden bei dieser Rechtsprechung völlig.

Die Rechtsprechung des RG zum Unternehmensbegriff ist somit in sich widersprüchlich und abzulehnen.

Es hat sich insbesondere die Frage, ob die Früchte eines Raumes etwas anderes sind als die eines Unternehmens, nicht gestellt. Es ist vielmehr auch hier immer nur davon ausgegangen, ob die Räume geeignet waren, Quelle unmittelbarer Früchte zu sein. Der Frage, inwieweit das Unternehmen selbst als unmittelbare Quelle von Früchten in Betracht kam, wich es aus, indem es die mit Inventar versehenen Räume bereits als Unternehmen ansah und somit den eigenen Grundsatz außer acht ließ[1], Raum- und Unternehmenspacht seien scharf voneinander zu trennen.

Das RG berücksichtigte ferner nicht den Willen oder die Vorstellung des Gesetzgebers von der rechtlichen Stellung des Pächters, bzw. Mieters und der wirtschaftlichen Funktion von Miete und Pacht überhaupt.

Im folgenden ist nun die Frage zu untersuchen, ob der Begriff der Raumpacht dogmatisch überhaupt zu begründen ist und wie das RG zu diesem Begriff kam. Dabei soll nachgewiesen werden, daß in dem Rechtsinstitut "Pacht", auf Grund rechtsvergleichender und rechtshistorischer Erwägungen, primär Unternehmenspacht zu erblicken ist und daß auch das BGB von der Vorstellung des Pächters als eines Unternehmers ausging und ihm eine entsprechende Stellung einräumte.

3. Der Fruchtbegriff des RG bei der Raumüberlassung

a) § 99 Abs.4 als Ausgangspunkt des RG

Mit seinen Grundsätzen zur Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken hatte das RG das entschei-

1) RGZ Bd.138 S.200.

dende und unterscheidende Kriterium vom Fruchtziehungsrecht des Pächters hinweg zum Fruchtbegriff überhaupt verlagert.

Ausgangspunkt war für das RG immer der Standpunkt[1], daß leere Räume nicht weiterüberlassen werden können. Diese Vorstellung ist insofern nicht zu verstehen, als jeder Raum entweder möbliert oder unmöbliert überlassen werden kann. Ob der Mieter eines Hauses oder einer Wohnung Räume weiterüberlassen kann, hängt einmal davon ab, ob er einen Untermieter findet, zum anderen davon, ob er auch die Erlaubnis zur Untervermietung hat. Auf das in den Räumen vorhandene Inventar kommt es hierfür gar nicht an; es spielt für die Möglichkeit, mittelbare Früchte aus den Räumen zu gewinnen, keine Rolle.

Wird z.B. im Zentrum einer Großstadt ein Raum überlassen, so muß der Übernehmer ohne Rücksicht auf die vorhandene Einrichtung der Räume ein sehr hohes Entgelt zahlen. Andererseits kann er aber auch, bedingt durch die verkehrsgünstige Lage, sehr gute Erträge erzielen, wenn er seinerseits den Raum nutzt. Das wiederum kann dadurch geschehen, daß er selbst irgendein Gewerbe in den Räumen betreibt oder dadurch, daß er die Räume weiterüberläßt. Betreibt er selbst ein Gewerbe, so garantiert ihm die verkehrsgünstige Lage gute Einnahmen ohne Rücksicht darauf, wie die Räume eingerichtet oder baulich beschaffen sind. Die Räume können aber auch mit oder ohne Einrichtung an Dritte überlassen werden und gewähren dann eine sehr gute Mieteinnahme und damit Früchte im Sinne von § 99 Abs.3. Ob es sich aber um Rechtsfrüchte im Sinne von § 581 i.V.m. § 99 Abs.2, also Pächterfrüchte, handelt, hängt allein davon ab, ob der Verfügungsberechtigte das Recht zur Weiterüberlassung eingeräumt hat oder nicht. Hat er es eingeräumt, so sind die durch die Weitervermietung der einzelnen Räume erzielten Einnahmen zugleich auch Erträge des vom Verfügungsberechtigten eingeräumten Rechtes, die überlassenen Räume zu nutzen; dann handelt es sich bei dem Übernahmevertrag um einen Pachtvertrag[2].

Wird ein Haus dem Pächter zu dem Zwecke überlassen, die einzelnen

---

1) s.o. S. 18 ff.

2) Siber S.303; Dernburg, BGB § 215 Anm.13; Oertmann Anm.5a vor § 581; OLG Breslau in JW 1927 S.1948 mit Anm. von Richter.

Räume weiterzuvermieten, so trifft die Argumentation des RG zu, dann, aber auch nur dann zieht der Pächter Früchte im Sinne von § 99 Abs.2 im Verhältnis zum Verpächter und mittelbare Sachfrüchte im Sinne von § 99 Abs.3 im Verhältnis zu den Dritten.

Diese Vorstellungen des RG lassen sich jedoch nicht auf Gaststätten, Theater, Kinos, Läden oder Werkstellen übertragen[1]. Der Vertrag zwischen dem Verfügungsberechtigten und dem Übernehmer geht in diesen Fällen dahin, daß der Übernehmer in den Räumen entweder ein bestimmtes Gewerbe betreiben darf, indem er ein bereits vorhandenes Unternehmen fortführt oder ein solches neu eröffnet (eine Wirtschaft, einen Laden).

Was soll schließlich dem Besucher eines Ladens weiterüberlassen werden? Ein Platz in der Schlange vor dem Tresen? Gerade an diesem Beispiel zeigt sich, daß der Grundgedanke des RG, Räume seien dann unmittelbare Quelle von Erträgen, wenn sie eingerichtet und damit weiterüberlassen werden können, nicht richtig ist[2]. Der Gedanke, die Räume zur unmittelbaren Quelle von Früchten durch ihre Weiterüberlassung zu machen, läßt sich erst recht nicht auf die Fälle übertragen, in denen ein Raum übertragen wird, um darin ein Handwerk auszuüben. Der Schuhmacher, zu dem ein Kunde seine Schuhe zur Reparatur bringt, überläßt diesem keinen Raum, so wenig wie der Kunde für eine Raumüberlassung zahlt.

Das RG geht davon aus, daß es auf den objektiven Zustand der Räume ankomme, nämlich ob die vorhandene Einrichtung die Aufnahme des beabsichtigten Gewerbes ohne weitere größere Anschaffungen des Übernehmers gestatteten. Die Grenze zwischen den "schon fruchttragenden" und den noch "nicht fruchttragenden" legt das RG dadurch fest, daß es als schon fruchttragend den Raum ansieht, dessen Einrichtung zur Aufnahme des beabsichtigten Gewerbes nur noch einiger Ergänzungen oder einer Vervollständigung bedarf. Geht die erforderliche Anschaffung über diesen Rahmen hinaus, so ist der Raum nach Auffassung des RG als noch nicht fruchttragend anzusehen. Das Rechtsverhältnis kann dann nur Miete sein.

1) Insoweit auch Hörchner (S.46) in seiner Kritik; anders dagegen seine Folgerungen, s.u. S. 145 ff.

2) Hörchner S.46 ff.; Meilicke in DMR 1930 S.964.

Die Rechtsprechung wurde jedoch kraß widersprüchlich in sich selbst, als das RG[1] nunmehr auf den tatsächlichen Zustand der Einrichtung keinen Wert mehr legte, sondern es genügen ließ, wenn die Einrichtung nur laut Vertrag vorhanden zu sein hatte.[2]

Auch diese Wandlung und dieser Widerspruch der Rechtsprechung in sich selbst ist ein Indiz dafür, daß die Einrichtung eines Raumes kein Kriterium dafür ist, ob dieser Raum Erträge abwirft. Der Wert der vorhandenen Einrichtung findet eben seine Berücksichtigung bei der Höhe des zu zahlenden Entgelts.

Entsprechendes gilt für die besonders günstige Lage des zu gewerblichen Zwecken überlassenen Raumes. Die günstige Lage ermöglicht es dem Eigentümer zwar, ein höheres Entgelt für die Überlassung der Räume zu verlangen, nicht zuletzt weil viele Reflektanten vorhanden sein werden. Die günstige Geschäftslage entsteht aber ebenso wie die günstige Wohnlage unabhängig vom Willen der einen Überlassungsvertrag schließenden Parteien. Das höhere Entgelt ist in beiden Fällen keine Frucht der Räume, sondern eine solche der günstigen Lage, die dadurch entsteht, daß sich bestimmte Interessengruppen um einen als günstig erkannten Punkt für ihren Zweck gruppieren. So wie der Mieter in einer guten Wohngegend mehr Miete als in einer schlechten zahlt, so muß auch der einen Raum gewerblich Nutzende ein höheres Entgelt zahlen, wenn die Lage der Räume für die Ausübung des Gewerbes günstig ist. Weder die Höhe des Entgeltes, noch die Lage eines Raumes, noch beides zusammen bieten daher einen geeigneten Ansatzpunkt für die Abgrenzung von Miete und Pacht. Schließlich hätte jeder Übernehmer günstig gelegener Räume den Vorteil der Lage für sein Gewerbe; ob jedoch sein Geschäft auf die Dauer "gut geht", hängt nicht mehr allein von der Lage, sondern von der Qualität seines Angebotes bzw. seiner Tüchtigkeit ab. Auch das RG - z.B. im Fall Kröpcke, oben S.26 ff. - hat ausdrücklich festgestellt, "daß die mit einem Grundstück verbundenen glänzenden Erwerbsaussichten als Kriterium für die Abgrenzung von Miete und Pacht nicht geeignet sind";

---

1) in Bay.ZR 1923 S.210 Nr.II.

2) oben S.38 ff., wo auf diese Wandlung ausführlich eingegangen wurde.

weder für die Unterscheidung der Raummiete von der Raumpacht, noch für deren Abgrenzung von der Unternehmenspacht.

b) Die Bedeutung der Tätigkeit und Tüchtigkeit des Übernehmers

Aus dem bisherigen ergibt sich, daß das eigentliche Problem darin liegt, wie sich die Vorstellung des BGB von einem "fruchttragenden Gegenstand" damit vereinigen läßt, daß zur Gewinnung von Früchten fast stets eine Tätigkeit des Fruchtziehenden hinzutreten muß und insbesondere dazu, wie sich das Unternehmen als fruchttragender Gegenstand und die Tätigkeit des Unternehmers als Ertragsquelle voneinander abgrenzen lassen.

Es ist schon dargelegt worden - oben S. 70 ff. -, daß auch bei den von Natur aus fruchttragenden Sachen regelmäßig eine Tätigkeit hinzukommen muß, um nennenswerte Früchte zu erzielen, ohne daß das Gesetz deshalb die Sache selbst nicht als Quelle der Früchte ansähe. Umgekehrt kann auch da, wo zweifellos nur Überlassung zum Gebrauch, also Miete vorliegt, der Mieter in oder mit der Mietsache eine gewinnbringende Tätigkeit entfalten, z.B. wenn sich ein Gewerbetreibender Werkzeug oder Maschinen mieter oder in gemieteten Räumen ein Gewerbe betreibt.

Auch das RG räumt ein[1], daß unabhängig davon, ob Miete oder Pacht vorliegt, Erträge nur durch eine hinzutretende menschliche Tätigkeit erzielt werden können. Werden von Natur fruchttragende Sachen zur Fruchtziehung überlassen, so sieht niemand ein Hindernis gegen die Annahme von Pacht darin, daß der Pächter Bäume pflegen oder Äcker pflügen, bestellen, düngen und abernten muß.

Allerdings scheint bei der Unternehmenspacht doch der Tätigkeit des Unternehmers ein größerer Anteil an der Gewinnung der Erträge zuzukommen als bei "von Natur" fruchttragenden Sachen, denn hier wird der fruchttragende Gegenstand selbst zu seinem wesentlichen Teil durch die Tätigkeit des Unternehmers hervorgebracht, soweit er z.B. aus der Un-

1) in HRR 1926 S. 639, überlassen war ein eingerichtetes Warenhaus, oben S. 53 f.

ternehmensorganisation, den Geschäftsgeheimnissen und den Außenbeziehungen besteht (oben S.107 f.). Insoweit muß der fruchttragende Gegenstand auch ständig durch die Tätigkeit des Unternehmers aufrecht erhalten werden, und er wird dadurch erweitert oder auch verkleinert.

Aber dieser Unterschied zwischen den "von Natur" fruchttragenden Sachen und dem Unternehmen steht nicht im Wege, auch das Unternehmen als fruchttragenden Gegenstand anzuerkennen. Auch Obstbäume etc. werden druchttragenden Gegenstände erst durch die Tätigkeit des Anpflanzens, Veredelns usw. und ihre Ertragsfähigkeit geht zurück, wenn sie nicht gepflegt werden.

Nicht anders ist es beim Unternehmen. Erkennt man auch bei diesem den objektiven Unternehmensbestand, auch soweit er unkörperlich ist, als möglichen Pachtgegenstand an, so folgt daraus, daß seine Eigenschaft als fruchttragender Gegenstand nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß dieser objektive Bestand seine Entstehung der bisherigen Tätigkeit des Verpächters verdankt und sein weiterer Bestand von der fortdauernden Tätigkeit des Verpächters abhängt. Doch andererseits darf dieser Gegenstand, wenn Pacht vorliegen soll, nicht erst durch die Tätigkeit dessen geschaffen sein, dem nur einzelne Sachen, Räume, Maschinen oder dergleichen überlassen werden, selbst wenn ihm das Recht eingeräumt ist, die Sachen zum Betriebe eines Unternehmens zu gebrauchen, vielmehr muß dem Pächter eine schon bestehende Organisation zur Gewinnerzielung überlassen werden. Anderenfalls liegt Miete vor.

Dagegen ist zu der Frage, ob die Tätigkeit eines Raumnutzers als unternehmerische Fruchtziehung anzusehen ist, noch folgendes zu bemerken: Es sind Vertragsgestaltungen denkbar, bei denen die Tätigkeit des Unternehmers Gegenstand einer Hauptpflicht ist und der Vertrag daher nicht Pacht, sondern ein aus miet- und dienstvertraglichen Elementen bestehender Vertrag ist. Das hat das RG im Fall der Wechselstube im Münchener Hauptbahnhof angenommen[1)], bei dem der Inhaber der Wechselstube ausdrücklich zu deren Betrieb verpflichtet war und ihm außerdem eingehende Vorschriften über die Ausübung des Betriebes (z.B. die Öffnungs-

1) RGZ Bd.108 S.369 ff., oben S.49 ff.

zeiten) gemacht waren, so daß auch diesbezüglich eine klagbare Hauptpflicht bestand. In solchen Fällen, die ziemlich selten sind, sind die Erträge allein solche der Tätigkeit des Mieters.

Beim Pachtvertrage ist das anders. Die aus dem Gesetz (z.B. § 586 oder § 591) erkennbare Betriebspflicht ist keine einklagbare Hauptpflicht, sondern ihre Verletzung kann nur Kündigungsrechte oder Schadensersatzansprüche gewähren.

Der Begriff des Unternehmens ist hierbei untechnisch zu verstehen, ist also nicht mit dem des Handelsgewerbes identisch. Ebensowenig kommt es auf das Firmenrecht an.

Ein Betriebsgeschäft in diesem Sinn kann auch bei andersgearteten Betrieben vorliegen. Den gesetzlichen Vorschriften über die Landgutpacht liegt diese Vorstellung auch zugrunde[1]. Der Begriff vom Unternehmen war zur Zeit der Abfassung des BGB allerdings noch nicht so ausgebildet wie heute. Aber auch das BGB läßt (z.B. in den §§ 586, 588, 591) erkennen, daß es auch den landwirtschaftlichen Betrieb als Ganzes als Pachtgegenstand kennt. Der Unterschied gegenüber gewerblichen Betrieben liegt nur darin, daß Pacht schon bei der Überlassung einzelner Gegenstände vorliegen kann, wenn diese nämlich, wie es vielfach bei landwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzten Gegenständen der Fall ist, zu den "von Natur" fruchttragenden Sachen gehören (und dazu rechnet das BGB außer Obstbäumen, Vieh und dergleichen auch Grundstücke) und wenn dem Pächter an diesen Gegenständen nicht nur das Recht zum Gebrauch, sondern auch das der Fruchtziehung eingeräumt worden ist.

Ferner gilt der hier zugrunde gelegte Unternehmens- und Pachtbegriff über den des Handelsrechts dazu hinaus, so daß unter ihn auch die Überlassung einer Arzt- oder Anwaltspraxis fallen kann. Auch hier wird bei der Übernahme einer bestehenden Praxis ein Organisationsbereich fortgeführt und eine Tätigkeit entfaltet, um die in ihm ruhenden Ertragsmöglichkeiten zu realisieren. Wenn die Rechtsprechung in diesen Fällen dennoch Miete und nicht Pacht annahm, so ist zwar die hierfür gegebene Begründung des

1) Die Pacht landwirtschaftlicher Unternehmen konnte hier nicht berücksichtigt werden, siehe hierzu jedoch S. 117 Anm. 2.

RG[1] wenig überzeugend, doch läßt sich das Ergebnis aus einem anderen Grunde rechtfertigen: Die Höhe des bei der Pacht zu zahlenden Zinses bestimmt sich im Normalfall wesentlich nach den im Betriebsgeschäft überlassenen Chancen: Höhe der möglichen Erträge und Pachtzins stehen daher in enger Verbindung. Lehre und Rechtsprechung[2] sahen jedoch zu jener Zeit, da die hier kritisierten Entscheidungen ergingen - oben S. ff. - Kauf und Pacht einer Arzt- oder Anwaltspraxis grundsätzlich dann für unzulässig an, wenn die Bedingungen so beschaffen waren, daß der Arzt oder Anwalt sein Augenmerk in erster Linie auf die Erzielung möglichst hoher Einkünfte richten mußte. Lehre und Rechtsprechung[3] gingen in diesen Fällen davon aus, daß der Arzt oder Anwalt seine Standespflichten vernachlässigen würde, und erklärten deshalb die Verträge für sittenwidrig und gemäß § 138 Abs.1 für nichtig. Daher durfte bei der Überlassung einer Praxis aus standesrechtlichen Gesichtspunkten das Entgelt kein Äquivalent für die mit der Praxis überlassenen Chancen sein. Sinn dieser Maßnahme war, die Tätigkeit im Anwalts- bzw. Arztstand vor Entstellung durch Zwang zu Gewinnstreben zu schützen. Nur weil das vom Übernehmer zu zahlende Entgelt nicht als Äquivalent für die in dem überlassenen Organisationsbereich ruhenden Gewinnchancen sein durfte, erscheint es gerechtfertigt, in diesen Fällen Miete anzunehmen.

Aber ob aus dieser Begründung heraus auch heute noch die Pacht einer Anwalts- oder Arztpraxis zu verneinen wäre, erscheint fraglich, da die Rechtsprechung[4] ihre diesbezügliche strenge Auffassung gelockert hat. Es mag zwar nach wie vor zweifelhaft sein, in welchem Umfang auf Grund dieser Rechtsprechung die Pacht einer Arzt- oder Anwaltspraxis anzuerkennen ist. Pacht wäre dann jedoch nur aus den erläuterten beson-

---

1) oben S.44 ff.; entscheidend sei hier die Tüchtigkeit und Tätigkeit des Übernehmers für die Ertragserzielung, nicht aber wie in allen anderen Fällen die Vollständigkeit der Einrichtung.

2) RGZ Bd.66 S.139; Bd.115 S.172; Bd.155 S.280; BGHZ Bd.7 S.1 und 27; RGRK-Krüger-Nieland Anm.76 a.E. und 77 zu § 138; Staudinger-Coing Anm. 19 p und q zu § 138; bes. aber Siebert-Hefermehl Anm.88 zu § 138.

3) Die in Anm.2 auf S.141 zitierten Entsch. und Autoren.

4) z.B. hinsichtlich einer Anwaltspraxis RGZ Bd.153 S.280; BGH in NJW 1954 S.337, dazu Staudinger-Coing Anm. 19q zu § 138; ferner BGH in BB 1958 S.496, dazu bes. Siebert-Hefermehl Anm.88 zu § 138.

deren Erwägungen heraus abzulehnen, nicht aber mit der Begründung, ein verpachtbarer Organisationsbereich liege nicht vor.

Völlig anders ist die Tätigkeit zu beurteilen, die der Übernehmer von Räumen darin ausübt, wenn die Räume allein, ohne einen mit ihnen verbundenen Organisationsbereich überlassen werden. Da kein Betriebsgeschäft vorhanden ist, wird dem Übernehmer kein fruchttragender Gegenstand überlassen, mit dem er wie ein Unternehmer wirtschaften kann, um aus den überlassenen einen Gewinn zu erwirtschaften. Übt der Übernehmer dieser Räume in ihnen eine Tätigkeit aus, für die sie auf Grund ihrer baulichen Beschaffenheit und ihrer inneren Einrichtung bestimmt sind, so sind die auf Grund dieser Tätigkeit erzielten Einnahmen ausschließlich solche seines Berufes. So sind die Erträge eines Friseurs, der einen zwar komplett eingerichteten, aber erst zu eröffnenden Laden im Stadtzentrum übernommen hat, solche seiner Tätigkeit, seiner Fähigkeiten, seines Rufes, den er sich erwirbt, nicht aber solche der toten Einrichtung.

Dem steht weder entgegen, daß der Zins im Stadtzentrum höher sein wird, noch daß die örtliche Lage die Geschäftseinnahmen begünstigt. Auch bei zweifelloser Wohnungsmiete ist der Mietzins in günstiger Wohnlage höher als z.B. in Dörfern am Stadtrand. Die günstige Lage allein würde sich zugunsten jedes beliebigen Betriebes auswirken, für den es auf günstige Verkehrslage ankommt (oben S. 135 ff., bes. S. 136). Aber auch wenn die Räume schon für ein bestimmtes Gewerbe eingerichtet sind, bleibt entscheidend, daß dem Raumübernehmer schon bestehende Geschäftsbeziehungen gar nicht überlassen werden können. Er trägt selbst das Risiko, ob es ihm gelingt, solche Beziehungen zu schaffen. Auch bei sehr günstiger Geschäftslage muß er sich evtl. gegen nebenan befindliche, beim Publikum schon eingeführte Geschäfte durchsetzen. Irgendwelche rechtlichen Verpflichtungen des Vermieters in dieser Beziehung, z.B. auf Einweisung in den Kundenkreis, Überlassung entsprechender Unterlagen oder eine Haftung wegen falscher Angaben über den bisherigen Umsatz etc. können gar nicht bestehen.

Für die Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken kommt es also nicht auf den Umfang des vorhandenen Inventars oder dessen Qualität an, sondern entscheidend ist al-

lein der Umstand, ob der Übernehmer solche Räume im Rahmen und als Bestandteil eines vorhandenen Betriebsgeschäftes mitübernimmt. Dann liegt, wenn ein Fruchtziehungsrecht eingeräumt wird, Pacht vor. Werden solche Räume ohne einen vorhandenen Organisationsbereich überlassen, wie im Friseurbeispiel, und muß sich der Übernehmer erst ein Betriebsgeschäft aufbauen, dann liegt Raummiete vor, ohne daß es auf die Vollständigkeit der Einrichtung oder den beabsichtigten Gebrauchszweck ankommt. Die Tätigkeit des Übernehmers ist dann nicht die des Pächters, der die im überlassenen Betriebsgeschäft vorhandenen Chancen realisiert, sondern die überlassenen Sachen werden nur gebraucht, um ein Betriebsgeschäft aufzubauen.

Es ist schließlich auch bemerkenswert, daß die spätere Gesetzgebung den Versuch, Raumpacht und Raummiete zu unterscheiden, praktisch aufgegeben hat. Das Geschäftsraummietengesetz gilt nach seinem § 5 - oben S. 10 f. - gleichermaßen für Miete wie für Pacht über Räume.

c) Das Verhältnis von Gestattung der Gewerbeausübung und Fruchtziehungsrecht

Im Gegensatz zum Hausbeispiel werden bei der Überlassung von Räumen, in denen ein Gewerbe ausgeübt werden soll, keine Räume oder Sachen weiterüberlassen. Wollte man annehmen, der Eigentümer gestatte dem Übernehmer, in dem neu zu eröffnenden Laden einen Platz vor dem Tresen - wenn auch nur vorübergehend - an einen Kunden zu überlassen und dafür ein Entgelt in Form einer Gewinnspanne am verkauften Artikel zu erheben, so wäre das ein Auf-den-Kopf-Stellen der wirtschaftlichen Vorgänge und Tatsachen. Der Eigentümer überläßt in diesen Fällen kein Recht, dessen bestimmungsgemäßer Gebrauch Erträge gewährt. Es fehlt gerade an einem nutzbaren Recht. Überlassen wird vom Eigentümer nur der Raum. Indem der Übernehmer darin eine bestimmte Tätigkeit ausübt (Speisen herstellt, Konsumgüter bereithält usw.) und deren Erträgnisse anbietet, wird er produktiv. Auf Grund dieser Tätigkeit erzielt er Einnahmen ("Erträge")[1].

1) RGZ Bd. 40 S. 26 und 28; Siber S. 304; Brückner S. 9 Anm. 2; Staudinger-Coing Anm. 9 zu § 99; Soergel-Siebert Anm. 5, 8 und 9 zu § 99; kritisch hierzu auch Ruth in AcP Bd. 124 S. 336 ff.

Der Raumeigentümer überläßt hierzu nur den Raum mit oder ohne Inventar und gestattet, darin eine bestimmte Tätigkeit auszuüben.

Zwar überläßt der Eigentümer ein Recht, aber das gewährt bei seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch keine Erträge; denn es handelt sich nicht um ein ausnutzbares Recht. Die Gestattung, ein bestimmtes Gewerbe in den Räumen auszuüben, ist zwar die Überlassung eines Rechtes, aber in ihm liegt kein damit verbundener Fruchtgenuß in Form von Erträgen. Vielmehr handelt es sich bei der Erlaubnis des Verfügungsberechtigten nur um die Überlassung eines Rechtes, dessen Gebrauch Nutzungen im Sinne von § 100 (Gebrauchsvorteile) gewährt, aber keine Früchte im Sinne von § 99. Meist muß daneben auch noch eine behördliche Erlaubnis vom Übernehmer eingeholt werden, z.B. nach der Handwerks- oder Gewerbeordnung.

Der Übernehmer gewinnt demnach nur im Falle der Weiterüberlassung von Räumen Früchte im Sinne von § 99 Abs.2, in allen anderen Fällen der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken dagegen nicht. Selbst wenn man daher von der individualisierenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise des RG ausgeht, ist dessen Ergebnis wirtschaftlich nicht vertretbar, weil das RG die Bedeutung der Räume als Ertragsfaktor im Verhältnis zu der vom Übernehmer aufzuwendenden Arbeit völlig einseitig abwägt. Das RG geht davon aus, daß eine solche Abwägung in allen Fällen möglich ist und prüft demzufolge nicht, ob nicht die vom Übernehmer erzielten Erträge das Entgelt für eine Dienstleistung, für ein zu lieferndes Werk, für einen Kaufvertrag sind, so daß die Erträge die Gegenleistung des Dienstberechtigten, des Bestellers oder Käufers ist. Es handelt sich also um Leistung und Gegenleistung eines synallagmatischen Vertrages mit einem Dritten, bei dessen Erfüllung die Räume als Ertragsfaktor keine Rolle spielen, vielmehr die persönliche Qualifikation des Raumübernehmers.

d) Schwierigkeiten für den Vertragspartner

Außerdem macht es die Formel des RG den Vertragspartnern schwer, wenn nicht unmöglich, in diesen Fällen selbst zu entscheiden, ob sie einen Pacht-

vertrag überhaupt schließen können bzw. abgeschlossen haben.[1] Denn wie sollen sie wissen, wann die Einrichtung eines Raumes nach der Auffassung des RG ausreicht, um ihn an Dritte überlassen zu können, so daß der Raum unmittelbare Quelle von Erträgen sein kann. Für den Inhaber des Raumes ist es praktisch unmöglich zu entscheiden, wann der Raum als eigentliche Quelle von Erträgen anzusehen ist und wann die eigene Tätigkeit. Außerdem wird durch die Auffassung des RG die Vorstellung des BGB, wonach das Fruchtziehungsrecht das entscheidende Kriterium der Pacht ist, völlig vernachlässigt.[2] Statt einer rechtlichen dogmatischen Abgrenzung zwischen Miete und Pacht verharrt das RG in einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise und verdrängt den Willen der Vertragspartner völlig. Entscheidend sind nach der Auffassung des RG nur noch faktische, zufällig vorhandene Momente.[3]

4. Der auf der Lösung des RG aufbauende Abgrenzungsversuch Hörchners

Den einzig ernsthaften Versuch zu einer befriedigenden Lösung des Problems zu gelangen unternahm Hörchner[4]. Jedoch ist auch dieser Lösungsvorschlag nicht befriedigend.

a) Der "erweiterte" Fruchtbegriff des § 581

Auch Hörchner erkennt, obwohl er sich nicht im einzelnen damit auseinandersetzt, daß der Ausgangspunkt der Rechtsprechung verfehlt ist.

1) Zumal das RG - z.B. RGZ Bd.81 S.23 ff.; Bd.82 S.342; Bd.130 S.280; BGH bei LM Nr.2 zu § 581 - auch die Vertragsbezeichnung stets für unbeachtlich erklärte und nur die gesamten Vertragsbestimmungen ihrem objektiven Inhalt nach für die Rechtsnatur des Vertrages als erheblich ansah. Auch die Vorstellung der Parteien über die Rechtsnatur des Vertrages wurden als unbeachtlich angesehen; so z.B. RGZ Bd.130 S.280.

2) Mot. Bd. II S.369.

3) Enneccerus-Lehmann § 127 I, 2; Oertmann Anm.5 vor § 581; Siebert-Erdsiek-Mühl Anm.16 vor § 535.

4) Hörchner, Die Abgrenzung von Miete und Pacht, Dresden 1936.

Dennoch behauptet auch er, daß Räume in den vom RG behandelten Fällen Früchte abwerfen und die Rechtsverhältnisse daher als Raumpacht anzusehen sind. Zu diesem Ergebnis kommt Hörchner, indem er davon ausgeht, § 581 enthalte einen gegenüber § 99 erweiterten Fruchtbegriff. Früchte eines Raumes und Unternehmens können seiner Ansicht nach nicht in § 99 eingeordnet werden, wohl aber in § 581, weil dieser weiter gefaßt sei. Das wiederum will Hörchner daraus folgern, daß der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen zwar eine Unternehmenspacht anerkannt hat, aber nicht beachtet habe, daß dessen Früchte nicht als Erträge im Sinne von § 99 einzuordnen seien. Folglich müsse der Fruchtbegriff in § 581 erweitert sein. Hörchner geht aber noch weiter, wörtlich heißt es bei ihm - S.31: "Der Fruchtbegriff des § 581 ist ein weiterer als der des § 99. Früchte im Sinne von § 581 sind neben den natürlichen nicht nur die in § 99 Abs.2 und 3 bezeichneten bestimmten Erträge, sondern alle Erträge, die sich nach natürlicher Auffassung als solche darstellen." Für die Raumpacht folgert er aus dieser These - S.33: "Der gewerbliche Gewinn ist ... Frucht des Vertragsobjektes im Sinne von § 581, wenn dieses nach natürlicher Auffassung als seine Quelle erscheint, wenn er also Ertrag des Vertragsobjektes ist. Trifft das zu, so ist der Überlassungsvertrag Pacht, gleich ob nur Räume überlassen sind oder Räume mit Einrichtung oder noch mehr." Hörchner sieht dabei ebenfalls, daß der gewerbliche Gewinn des Rauminhabers nicht Frucht im Sinne von § 99 ist, wie vielfach Lehre und Rechtsprechung behaupten.

b) Die Abgrenzung von Miete und Pacht durch die Abwägung verschiedener Gewerbemittel

Ausgangspunkt ist für Hörchner die Unternehmenspacht, neben der die Raumpacht steht - S.34 ff. In beiden Fällen ist der gewerbliche Gewinn seiner Auffassung nach Frucht im Sinne von § 581. Das Unternehmen bezeichnet er als eine "Zusammenfassung von körperlichen und unkörperlichen Gewerbemitteln". Der Begriff der Gewerbemittel ist für Hörchner der Schlüssel zur Abgrenzung von Miete und Pacht an gewerblichen Räumen. Nach seiner Meinung sind die vorhandenen Gewerbemittel dafür entscheidend, ob Früchte des Raumes im Sinne von § 581 oder nur Erträge der Tätigkeit des Rauminhabers vorliegen.

Werden Räume außerhalb eines bestehenden Unternehmens überlassen, z.B. zum Betrieb einer Gaststätte, so können diese Räume "vermöge der aus ihrer Lage sich ergebenden Beziehungen zur Umwelt, nämlich der Standortkundschaft ... eine solche Bedeutung haben, daß sie ohne weiteres als Quelle des in ihnen erzielten Gewerbegewinnes anzusehen sind. Gleichwohl liegt trotz dieser Beziehungen zur Umwelt kein bestimmtes Unternehmen vor, denn der Raum besitzt diese Eigenschaften für jeden Gewerbebetrieb der gleichen Art, ohne daß in ihm bisher überhaupt ein Gewerbe betrieben worden zu sein braucht." Daraus folgt Hörchner, Pacht von gewerblichen Räumen liege immer dann vor, wenn der Gewinn des Inhabers nicht als dessen eigenes Arbeitseinkommen anzusehen ist, sondern als "Ertrag gegenständlicher Gewerbemittel". Hörchner stellt also auf die Bedeutung des Raumes als Gewerbemittel ab - wobei u.U. auch die mitüberlassene Einrichtung als Gewerbemittel zählt - im Verhältnis zu den zum Betrieb des beabsichtigten Gewerbebetriebes insgesamt erforderlichen Gewerbemitteln. Diese Abwägung hat "völlig frei" zu erfolgen - S. 35.

Als Arbeitseinkommen will Hörchner dagegen die Erträge des Raminhabers bei den geistigen und künstlerischen Berufen sowie bei den Kleingewerben zählen - S. 36 ff., 38 ! -. Als Gewerbemittel sieht Hörchner auch die gute Geschäftslage, die damit verbundene Lauf-, Quartier- und Standortkundschaft an.

Diesen Begriff der Gewerbemittel variiert Hörchner und untersucht ihren Umfang bei den einzelnen Gewerbezweigen - S. 40 . Das Ergebnis ist, wie Hörchner feststellt, daß "Pacht viel häufiger ist als Miete" - S. 45.

c) Kritik und Ablehnung dieser Lösung

Im wesentlichen lassen sich gegen diese Lösung zwei Argumente anführen: Die Auslegung des Fruchtbegriffes in § 581 im Verhältnis zu § 99 ist abwegig; ferner ist die Abwägung der verschiedenen Gewerbemittel so wenig ein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung wie die mehr oder weniger vollständige Einrichtung.

Die von Hörchner vorgenommene "erweiternde Auslegung" des Fruchtbegriffes in § 581 ist abwegig; einmal beziehen sich auch die Motive[1] bei der Behandlung des Fruchtbegriffes ausdrücklich auf § 99. Zum anderen ist davon auszugehen, daß § 99 für das BGB allgemein regelt, was Früchte im Einzelfall sind. Demgegenüber bedeutet § 581 sogar eine Einschränkung - siehe oben, S. 111 ff.

Daß der Fruchtbegriff des § 581 mit dem des § 99 identisch ist, wurde bisher von der absolut herrschenden Meinung[2] noch nie angezweifelt. Außerdem lassen sich gegen diesen erweiterten Fruchtbegriff bei seiner Anwendung auf die Raumpacht die gleichen Bedenken erheben wie gegen den Fruchtbegriff des RG. Hörchner verlagert die Problematik nur vom Zustand der Einrichtung, auf den die Rechtsprechung abstellte, auf den des Gewerbemittels. Denn auch die Einrichtung eines Raumes zählt Hörchner zu den Gewerbemitteln. Ist das Maß der vorhandenen Gewerbemittel im Verhältnis zu dem zur Ausübung des Gewerbes ausreichend, dann tragen die Gewerbemittel Früchte und nicht die Arbeit des Inhabers der Räume. Das bedeutet im Grunde nur eine Akzentverschiebung, aber keine Lösung; denn Gewerbemittel wie Einrichtung, zu erwartende Kundschaft und günstige Lage sind sicher für das vom Inhaber zu zahlende Entgelt von Bedeutung, ändern aber nichts daran, daß ihm kein fruchttragender Gegenstand überlassen wurde, wenn er erst einen Gewerbebetrieb in den Räumen eröffnet.

Ferner liegt es näher, da auch § 99 weitgehend eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde legt - oben S. 122 ff. - auch die Unternehmenserträge als Früchte im Sinne von § 99 anzusehen, als den § 581 "weiter" auszulegen. Ob das methodisch überhaupt möglich und gerechtfertigt ist, bleibt bei Hörchner gänzlich unerörtert.

Aus dem Vorstehenden folgt ferner, daß das freie Abwägen der vorhandenen Gewerbemittel im Verhältnis zu den erforderlichen genauso unbestimmt und für die Parteien unbestimmbar ist, wie die Vollständigkeit der Einrichtung für ihre Unmittelbarkeit als Ertragsquelle. Das räumt Hörchner auch ein, wenn er ausführt: "Dieser Grundsatz der freien Abwägung schließt die für die Praxis unerfreuliche Tatsache ein, daß keine absoluten Abgrenzungsmerkmale zwischen Miete und Pacht an gewerblichen Räumen bestehen. Eine allgemein gültige Abgrenzung von Raummiete und Raumpacht kann

deshalb überhaupt nicht vorgenommen werden."

Das gilt jedenfalls, solange man sich bei dem Versuch einer Abgrenzung an rein wirtschaftliche Faktoren hält, statt dem Gebote des BGB nach einer (rechtlichen) dogmatischen Abgrenzung zu folgen. So weist auch Kiefersauer[1] darauf hin, daß die von Hörchner ins Feld geführten verschiedenen Gewerbemittel keine exakte Abgrenzung von Miete und Pacht gestatten.

5. Anerkennung der Raumpacht als notwendige Folge des § 571?

Die nunmehr zu behandelnde Problematik möge folgender kleiner Fall erläutern, der weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung bisher behandelt ist: Der Eigentümer eines Grundstücks betreibt in den daraufstehenden Gebäuden ein ihm gehöriges Unternehmen. Er verpachtet das Unternehmen zusammen mit den Gebäuden. Bald darauf verkauft er das Grundstück (ohne das Unternehmen), während der Pächter auf dem Grundstück weiterhin das Unternehmen betreibt.

Es fragt sich nun, ob das Grundstück mit den dazugehörigen Räumen aus dem einheitlichen Pachtvertrag über das Unternehmen ausscheidet und einer selbständigen rechtlichen Beurteilung im Verhältnis zum Unternehmenspächter unterliegt.

In der Regel wird dieser Fall keine besonderen Probleme aufwerfen, wenn - was normalerweise der Fall sein wird - zwischen dem Verpächter und dem Grundstückserwerber eine Einigung über die Verteilung des vom Pächter zu zahlenden Zinses erzielt ist. Fehlt es daran, so könnte der Pächter sich hinsichtlich der Verteilung seiner Pachtzinsschuld gemäß § 372 Abs. 1 S. 2 durch Hinterlegung befreien.

Unabhängig hiervon könnte man aber die Frage stellen, ob durch die Veräußerung des Grundstücks und damit der Räume diese nunmehr aus dem Pachtvertrag ausschieden. Dabei bliebe gemäß §§ 581, 571 der Grundstückserwer-

---

1) bei Staudinger Anm. 4 zu § 581.

ber zwar an die Vertragsbestimmungen gebunden, die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Pächter wären aber inhaltlich als Miete anzusehen, da nach der hier vertretenen Auffassung die dann vom Grundstückserwerber allein gewährten Räume keine Fruchtziehung ermöglichen. Es könnte sich daher fragen, ob nunmehr im Verhältnis des Pächters zum Erwerber statt der dispositiven Pachtvorschriften nunmehr die über die Miete anwendbar sein sollen, soweit keine vertragliche Regelung vorliegt. Ferner ist die prozessuale Behandlung von Miete und Pacht in den §§ 23 Nr. 2a und 200 Nr.4 GVG und 700 Nr.1 ZPO[1] unterschiedlich. Das hätte beispielsweise zur Folge, daß bei Streitigkeiten zwischen dem Pächter und dem Grundstückserwerber nunmehr das Amtsgericht statt wie bisher das Landgericht zuständig wäre, eine Folge, die dem Pächter schon wegen des unterschiedlichen Instanzenzuges vielfach unerwünscht sein wird.

Eine genauere Untersuchung zeigt jedoch, daß § 571 zu solchen Folgerungen nicht zwingt. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, daß gegenüber dem Pächter nach wie vor ein einheitlicher Pachtvertrag besteht. Eine Änderung tritt nur insofern ein, als im Rahmen dieses Schuldverhältnisses dem Pächter als Schuldner nunmehr zwei Gläubiger gegenüberstehen. Ob diese etwa als Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 anzusehen sind, kann für die hier zu entscheidenden Fragen dahinstehen.

Die Bedeutung des § 571 liegt nach einhelliger Auffassung darin[2], den Mieter oder Pächter eines Grundstücks im Falle der Grundstücksveräußerung gegenüber dem Erwerber zu schützen. Es wurde bereits dargelegt[3],

---

1) Nahezu einhellige Auffassung ist, daß § 571 in seiner Wirkung auf das BGB beschränkt ist, also keine prozeßrechtliche Wirkung hat; Stein-Jonas Anm. II 2 zu § 1; ebenso OLGE (Braunschweig) Bd.5 S.23; OLGE (München) Bd.29 S.77 Nr.2; ausdrücklich ferner RG in JW 1933 S.516 Nr.11 (8.Senat am 26.9.32); Wieczorek S.238 zu § 23 GVG, jedoch ohne Begründung; Niese-Schröder S.177; Baumbach-Lauterbach Anm.4 zu § 200 und Anm.4 C zu § 23 GVG.

2) Prot. Bd. II S.137 ff., bes. S.138; Staudinger-Kiefersauer Anm.1 zu § 571; Roquette S.182 f.

3) oben S. 79 f. und S.114 unten.

daß der Gesetzgeber des BGB die Unternehmenspacht in die §§ 581 ff. nicht einbezogen hat. Infolgedessen kann in § 571 nicht der Fall mit erfaßt sein, daß bei einer Unternehmenspacht eine Trennung zwischen dem Grundstückseigentum und Unternehmens-"eigentum" eintritt. § 571 steht weder auf Grund seiner Entstehungsgeschichte[1] noch bei teleologischer Auslegung im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Miete und Pacht bei der Überlassung von Räumen zu gewerblichen Zwecken. Zur Frage, ob Räume Früchte gewähren und infolgedessen Miete oder Pacht vorliegt, steht § 571 in keiner Beziehung. Diese Bestimmung sagt infolgedessen in dem hier gebildeten Falle nichts über die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen dem Grundstückserwerber und dem Unternehmenspächter aus. Sie zwingt deshalb auch nicht dazu, den Begriff der Raumpacht, wie ihn das RG schuf, in dem hier gebildeten Falle anzuerkennen, um die erwähnten Folgerungen auszuschließen. Wohl aber bestärkt die Schutzfunktion des § 571 die hier vertretene Auffassung, daß für den Pächter nach wie vor ein einheitlicher Pachtvertrag besteht, daß seine Stellung gegenüber dem Grundstückserwerber die gleiche bleibt wie gegenüber dem bisherigen. Solange daher der einmal geschlossene Pachtvertrag der vereinbarten Frist gemäß läuft, gilt er auch im Falle der Grundstücksveräußerung einheitlich weiter.

Daher kann in diesem Zusammenhang auch dahingestellt bleiben, ob § 571 einen Fall der gesetzlichen Übertragung eines Schuldverhältnisses auf den Erwerber enthält[2] oder ob nur Rechte und Pflichten auf den Erwerber übergehen, während das zugrunde liegende Rechtsverhältnis erlischt.[3]

Der Grundstückserwerber tritt jedenfalls nur in den diesbezüglichen Teil der

1) In den Prot. Bd. II S. 137 ff. kommt klar zum Ausdruck, daß dem § 571 nur eine Schutzfunktion im Falle der Grundstücksveräußerung zukommen sollte und nichts anderes.

2) So z. B. Staudinger-Kiefersauer Anm. 18 (Abs. III) und 20 zu § 571; Siebert-Erdsiek-Mühl Anm. 1 zu § 571; Larenz Bd. II S. 133; in der älteren Literatur: Endemann Bd. 1 § 169 Note 29; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 92; Gierke in Festschrift für Martitz, S. 37; Demelius in IJ Bd. 72 S. 248 und 263.

3) z. B. Rönneberg in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 80 ff. (86); so auch das RG, RGZ Bd. 59 S. 177 ff.; Bd. 102 S. 177 ff.; zur Bezeichnung dieses Verhältnisses als Zustandsobligation bes. Oertmann Anm. 3b und c zu § 571; ferner Löning S. 161; Schollmeyer S. 166; Goldmann-Lilienthal § 161 Nr. 8; Crome S. 41; Zimmermann S. 12; auch die Prot. Bd. II S. 139.

Rechte und Pflichten seines Vorgängers ein. Im Falle der Pacht eines landwirtschaftlichen Betriebes käme ein objektiver Betrachter nach dem Verkauf der Wirtschaftsgebäude oder des Wohnhauses durch den Verpächter wohl kaum zu dem Ergebnis, daß nunmehr über diese Gebäude ein Mietverhältnis gesondert entsteht. Dieses Beispiel mag verdeutlichen, daß die hier vertretene Ansicht sachgerecht ist. Sie vermeidet auch die sich aus den genannten Bestimmungen des GVG und der ZPO ergebenden nachteiligen Folgen für den Pächter.

II. Ein Bedürfnis für die Anerkennung der Raumpacht als Rechtsinstitut besteht nicht

Die Untersuchungen zum Fruchtbegriff haben ergeben, daß Räume allenfalls mittelbare Sachfrüchte im Sinne von § 99 Abs.3 abwerfen können, indem sie weiterüberlassen werden. Da für ein Pachtverhältnis nach dem BGB einerseits das Fruchtziehungsrecht des Pächters konstitutiv ist, andererseits bei der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken eine Fruchtziehung aus den Räumen nicht möglich ist, weil diese nicht weiterüberlassen, sondern von ihrem Inhaber bestimmungsgemäß genutzt werden - § 100, so liegt nicht Pacht dieser Räume, sondern Miete derselben vor.

Begrifflich kann daher in den Fällen der Raumüberlassung für den Betrieb einer Gastwirtschaft, eines Ladens, einer Werkstätte eingerichteten Räume nur Miete vorliegen. Pacht anzunehmen, ist nicht möglich, weil es sich bei ihnen noch nicht um einen - fruchttragenden - Organismus handelt und die Weiterüberlassung an Dritte ausgeschlossen ist, so daß die Räume auch keine mittelbaren Sachfrüchte abwerfen können. Nach der hier vorgenommenen "wirtschaftlichen" Interpretation des § 99 sind Früchte in den Fällen, in denen das RG Raumpacht annahm, gar nicht denkbar, weil es an dem Organismus oder der Drittbezogenheit der Räume fehlt, die einen von Natur aus fruchttragenden Organismus ersetzen. Daher ist nur Miete der Räume mit oder ohne Inventar möglich. Übrig bleibt nur eine Fallgruppe, in der "Raumpacht" denkbar ist: Die Übernahme eines Gebäudes, wenn der Übernehmer nach Inhalt und Zweck des Vertrages durch Weiterüberlassung der einzelnen Räume an Dritte mittelbare Sachfrüchte ziehen soll. In diesem Fall sind die Räume fruchttragende Sachen. Das

wird nur dann der Fall sein, wenn die vom Inhaber durch die Weitervermietung erzielten Einnahmen den von ihm selbst an den Verfügungsberechtigten zu zahlenden Zins übersteigen; z.B. in den Fällen, da eine Witwe mehrere Zimmer ihrer Wohnung an Studenten untervermietet, um so ihre eigene Wohnung zu finanzieren oder ihre Rente aufzubessern[1].

Der im vorletzten Absatz erwähnte Fall der Raumpacht dürfte in der Praxis zudem sehr selten anzutreffen sein, da Fälle solcher Art in der umfangreichen Rechtsprechung kaum nachzuweisen sind. Aber selbst für diese Fälle erscheint die Bezeichnung Raumpacht zweifelhaft. Zwischen dem Rauminhaber und den Dritten werden hinsichtlich der überlassenen Räume Mietverträge - Untermietverträge - abgeschlossen. Dagegen ist der zwischen dem Inhaber und dem Verfügungsberechtigten abgeschlossene Überlassungsvertrag als Pacht anzusehen, da dem Übernehmer das Recht eingeräumt wird, aus den einzelnen Räumen durch deren Weiterüberlassung mittelbare Sachfrüchte zu ziehen. Es erscheint daher angemessener, in diesen Fällen von Grundstückspacht zu sprechen[2].

---

1) RG in LZ 1927 S.529 (3.Sen. am 17.9.1926); Siber S.303; Esser S.523 f.; Staudinger-Kiefersauer Anm.5 zu § 581; für Pacht in diesen Fällen: Arnold, Wohnungsmiete, S.13; ders. in Seuff.Bl. 1898 S.326 Note X; Crome, Partiarische Rechtsverhältnisse, S.125; Siber, Vermieterpfandrecht S.8; Dernburg, BGB Bd.2 § 215 Nr.13; Kohler Bd.2 S.314; Pfizer in AcP Bd.71 S.452; Oertmann Vorbem. zu § 581, 5a ß.

2) Schwierig ist auch die Unterscheidung in den Fällen, da mehrere Gegenstände überlassen werden, z.B. ein Wohnhaus mit Garten in der Stadt oder auf dem Lande, ferner die Überlassung mehrerer Morgen Land mit einem einfachen Gebäude.
Auszugehen ist davon, ob sie in einem einheitlichen oder in mehreren getrennten Verträgen überlassen werden - Mittelstein-Stern S.48 ff. Werden z.B. Wohnhaus und Land getrennt überlassen, so handelt es sich um Miete des Wohnhauses und Pacht des Landes. Liegt dagegen ein einheitlicher Vertrag vor, so entscheidet die h.M. stets danach, welcher Gegenstand als Hauptsache anzusehen ist, der Garten oder das Haus. Bei städtischen Grundstücken wurde der Zweck des Überlassens im Wohnen und dieser damit als Hauptzweck der Überlassung angesehen - §§ 260, 261 I 21 ALR, wonach bei städtischen Grundstücken im Zweifel

Grundstückspacht ist ferner in den Fällen denkbar, wenn ein Hochgaragenhaus bzw. eine Tiefgarage fertig eingerichtet zum Betriebe eines Garagenunternehmens überlassen wird. Ein Unternehmen liegt nicht vor. Der Verfügungsberechtigte überläßt kein Betriebsgeschäft. Aber der Inhaber kann die einzelnen Park- oder Garagenboxen an Dritte weiterüberlassen. Das von diesen bezahlte Entgelt ist mittelbare Sachfrucht. Meist wird aber auch in diesen Fällen ein Gesamtbetrieb mit Tankstelle, Kundendienst etc. überlassen, so daß Unternehmenspacht vorliegt.

Die hier vorgeschlagene wirtschaftliche Auslegung des § 99 beschränkt darüber hinaus die Zahl der Pachtverhältnisse wesentlich. Erträge und damit Früchte, die ein Pächter ziehen kann, gewähren, wie oben S. 102 ff. ausgeführt, außer natürlichen nur wirtschaftliche Organismen (Unternehmen) und außerdem Gegenstände, die dem Inhaber zum Zwecke der Weiterüberlassung übertragen werden. Schon daraus folgt, daß Pachtverhältnisse nur möglich sind bei der Überlassung von wirtschaftlichen und landwirtschaftlichen Unternehmen, einzelnen, von Natur aus fruchttragenden Sachen zum Zwecke der Weiterüberlassung an Dritte. Zugleich ergibt sich hieraus ein Indiz für die bereits angedeutete und auf Grund der Rechtslage vor dem BGB noch näher zu begründende Auffassung, daß die Stellung des Pächters vom Gesetzgeber als die eines Unternehmers angesehen wurde.

Auch die Feststellung des BGH[1] bei § 994, bei den Erträgen eines Gewerbebetriebes handele es sich um das Ergebnis einer rein persönlichen Leistung, nicht um das rein gegenständliche Produkt der zum Betrieb gehörenden Sachen, spricht für die hier vertretene Auffassung, daß bei der Raumüberlassung zu gewerblichen Zwecken die vom Übernehmer erzielten Erträge solche seiner persönlichen Leistung sind. Wenn der BGH dieses für das Unternehmen vertritt, um wieviel mehr muß diese Auffassung dann bei der Überlassung von "toten" Räumen gelten.

---

2) (Forts. v. S. 153)
Miete, bei ländlichen Pacht anzunehmen ist. Auch die Überlassung eines Wohnhauses mit Obst- und Gemüsegarten wird als Miete angesehen. Pacht dagegen liegt vor, wenn eine Obstplantage mit Gartenhaus überlassen wird; zum Ganzen Mittelstein-Stern S. 50; Oertmann Anm. 5aγ vor § 581; Arnold S. 326; Staudinger-Kiefersauer Anm. 31 zu § 581; Mot. Bd. II S. 423.

1) BGHZ Bd. 7 S. 209 ff.

Der Begriff der Raumpacht, wie ihn das RG prägte, war bis dahin in Lehre und Rechtsprechung unbekannt. Frühere und auch dem geltenden deutschen Recht verwandte Rechtsordnungen behandeln die Fälle der "Raumpacht" - wie auch hier vorgeschlagen wird - als Raummiete mit Inventar. Das soll im folgenden dargelegt werden.

1. Die Lösung der vom RG als Raumpacht behandelten Fälle vor Inkrafttreten des BGB

Wie bereits eingangs - oben S. 7 ff. - ausgeführt, besteht zwischen den beiden Rechtsinstituten große Ähnlichkeit hinsichtlich ihrer rechtlichen Ausgestaltung, so daß die Frage berechtigt ist, warum der Gesetzgeber des BGB Miete und Pacht überhaupt verschieden ausgestaltete, zumal andere Rechte vor dem BGB eine scharfe Trennung beider nicht kannten.[1)]

Für eine Trennung und damit auch für eine wenigstens teilweise verschiedene Ausgestaltung spricht zweierlei: Einmal die Tatsache, daß sich Miete und Pacht im deutschen Recht selbständig entwickelten[2)]; zum anderen die Vorstellung des Gesetzgebers von der wirtschaftlichen Funktion von Miete und Pacht - was anschließend dargelegt wird.

Im Rahmen dieser Arbeit kann jedoch die historische Entwicklung nicht im einzelnen an Hand erhaltener Urkunden nachgezeichnet werden. Daher sei nur das Ergebnis festgehalten: Miete und Pacht haben sich im älteren deutschen Recht als selbständige Rechtsinstitute entwickelt[3)].

a) Die Regelung im gemeinen Recht

Für das gemeine Recht stellte sich das Problem einer Abgrenzung von Miete und Pacht nicht, da es nur den beide Rechtsinstitute gleichermaßen erfassenden Begriff der locatio conductio kannte. Auch unterschied das gemeine Recht nicht zwischen solchen Sachen, die natürliche Früchte gewähren,

1) Bluntschli S.277.

2) Otto Gierke, Privatrecht Bd.3 S.510; Wittig in Zeitschrift S.24 ff. (26 und 27); Korn S.22; Knapp Bd.1 S.46; Arnold, Eigentum S.192 ff. bis 98; Heusler, Institutionen Bd.1 S.378.

und solchen, die nur Rechtsfrüchte ("bürgerliche", "zivile") abwerfen.

So kannte das gemeine Recht beispielsweise Miete und Pacht von Rechten, die Pacht von Gewerbebetrieben und Gewerberechten[1]. Auch wurden die Begriffe Miete und Pacht verwendet, jedoch war der Sprachgebrauch nicht immer einheitlich. So bezeichnete das preuß. OVG im Jahre 1878 einen Überlassungsvertrag über eine Mühle - einen Pachtvertrag im Sinne des BGB - nacheinander als Miete und Pacht[2].

b) Das Preußische ALR

Das Preußische ALR (§ 259 ff. I 21) unterschied zwar zwischen Miete und Pacht, aber nicht hinsichtlich der überlassenen Gegenstände, sondern hinsichtlich der dem Übernehmer eingeräumten Befugnisse: Miete bei bloßem Gebrauchsrecht, Pacht bei einem Nutzungsrecht. Bemerkenswert ist die Bestimmung des § 261 I 21, wonach im Zweifel bei städtischen Grundstücken Miete, bei landwirtschaftlichen Grundstücken Pacht anzunehmen ist. Das deutet darauf hin, daß die Überlassung auch eingerichteter Räume als Miete anzusehen ist. Diese Auffassung wird durch die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals bestätigt[3]. Die Raumpacht ist hier also ausdrücklich abgelehnt[4].

---

1) RGZ Bd. 40 S. 26.

2) Bd. 4 Nr. 52 S. 305.

3) Bd. 31 S. 414; Bd. 17 S. 179; inwieweit die Entscheidung des RG vom 21.9.1893 in JW 1893 S. 508 Nr. 34 diese Auffassung bestätigt, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, da aus dem stark gekürzten Urteil nicht hervorgeht, ob eine schon betriebene Brennerei zum Weiterbetrieb überlassen wurde. Für das ALR stellt sich das RG auf den Standpunkt, die Brennereierzeugnisse seien Früchte der Brennerei.

4) Gegenstand des Überlassungsvertrages konnten gleichermaßen auch unkörperliche Sachen (Rechte) sein, vorausgesetzt, daß sie zu gebrauchen oder zu nutzen waren. Das Wort Sache der §§ 258, 259 I 21 ist in der weiten Bedeutung des § 3 I 2 aufzufassen; Förster-Eccius Bd. 2 S. 171; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 454 ff.

In Lehre vor und nach Inkrafttreten des BGB ist der seit 1885 entwickelte Standpunkt des RG, es handele sich bei den Erträgen, die jemand in ihm zum Betriebe eines Gewerbes überlassenen und mit der erforderlichen Einrichtung versehenen Räumen erzielt, um unmittelbare Früchte des Raumes, nie unbestritten hingenommen worden. So hatte sich das Preußische Obertribunal in jenem Urteil, das sich mit der Überlassung einer Gastwirtschaft beschäftigte[1], festgestellt, daß beim Überlassen eines Hotels - "Etablissement Tivoli" - die Hauptbestimmung im Restaurationsgeschäft und in der Wohnung für den Übernehmer bestünde. Der Vorteil, d.h. die Erträge, den es seinem Inhaber verschaffe, liege außer in der Wohnung in den Erträgnissen, die der Gewerbebetrieb ihm verschaffe. Diese aber "fallen nicht unter den Begriff der civilen Früchte des Lokals". Die Ausübung des Gewerbe sei auch nur der vertragsgemäße Gebrauch, den zu machen der Übernehmer berechtigt sei. Der dadurch erlangte Gewinn sei "ein ihm durch diesen Gebrauch, durch seine persönliche Thätigkeit und durch seine Betriebsamkeit entstandener Vortheil"[2].

Aber auch mit einem weiteren Argument des RG, das davon ausgeht, der Rauminhaber erziele in den Fällen der "Raumpacht" durch Weiterüberlassen mittelbare Sachfrüchte, steht die Ansicht des Preußischen Obertribunals entgegen. Dieses weist nämlich darauf hin, daß es dem Begriff der Miete nicht entgegenstehe, wenn der Mieter "einen der Bestimmung der Sache entsprechenden Gebrauch anderen Personen für ein gewisses Entgelt gestattet". So wenig wie durch eine Gestattung der Untervermietung ein Miet- zu einem Pachtvertrag würde, so wenig geschehe das dadurch,

1) Bd. 31 S. 414.

2) § 259 I 21 ALR: "Eine Sache heißt verpachtet, wenn dieselbe jemand gegen einen bestimmten Zins, nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Nutzung überlassen worden ist."
Zum Begriff der Nutzung Förster-Eccius Bd. 1 S. 191 und § 220 I 2 ALR. Der Begriff der Nutzung erfaßte auch die "civilen" Früchte gemäß § 220 I 9 nur Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur mit oder ohne Hinzutreten der Verarbeitung aus ihr selbst hervorgingen. Kiesausbeutungsverträge wurden deshalb nicht als Pachtverträge angesehen, da der Kies nicht Nutzung in diesem Sinne war. Anders jetzt § 99; hierzu BGH in LM Nr. 2 zu § 581; Koch ALR S. 979 (21. Titel § 259 Anm. 67).

daß der Mieter von Besuchern des Lokals ein Entgelt zu nehmen befugt sei.

c) Das Sächsische BGB

Ähnlich war die Regelung der §§ 1187 ff. sächsisches BGB, wo Miete und Pacht als zwei selbständige Rechtsinstitute erfaßt waren und Pacht auch auf Sachen ausgedehnt war, die von Natur aus nicht fruchtbar waren. Hinsichtlich der "Raumpacht" entschied das LG Plauen[1], bei der Überlassung einer Gastwirtschaft liege Miete vor, weil die Erträge des Wirtes nicht Früchte des Grundstücks seien. Demgegenüber bejaht das AG Dresden[2] Pacht in einem Falle, da "ein zum Restaurantionsbetrieb seit längerer Zeit bestimmtes Grundstück zum gleichen Zweck überlassen" wurde. In der Berufungsinstanz hob das LG Dresden[3] dieses Urteil mit der Begründung auf, es handele sich um einen Mietvertrag. Gegenstand der Überlassung war ein komplett eingerichtetes Hotel. Das LG Dresden wies darauf hin, daß "bürgerliche Früchte" nur dann gezogen werden könnten, wenn die Zimmer und Ställe an Gäste weiterüberlassen werden können. Aber sonst unterscheide sich "der Betrieb einer Restauration von dem Betriebe irgendeines anderen Gewerbes ... im wesentlichen nicht". Entscheidend war dem Gericht für die Annahme eines Mietvertrages jedoch der Gedanke, den es hieran knüpft: "In allen diesen Fällen sollen nicht aus den zur Ausübung des Gewerbes entgeltlich überlassenen Räumen Gelderträgnisse gezogen werden, sondern diese Räume dienen nur zur Ermöglichung einer anderen Art von Geldgewinnung in oder auf denselben, nämlich durch die das Gewerbe an sich betreffende Tätigkeit, bzw. den Verkehr mit den Gästen oder Kunden."

Gerade an dem letzten Fall zeigt sich, daß in den Partikularrechten, da Räume mehr oder weniger komplett eingerichtet überlassen werden, als Raummiete behandelt wurden, obgleich die Voraussetzungen hinsichtlich der Abgrenzung von Miete und Pacht und hinsichtlich des

1) Sächs. Arch. f. bürgerl. R. 1891 S.796.
2) Arch. f. zivilrechtl. Entsch. 1882 S.88.
3) ebenda 1882 S.99 ff. (102 f.).

Fruchtbegriffes keine entscheidenden Unterschiede zu der späteren Regelung des BGB zeigten. Pachtverhältnisse wurden nur dann angenommen, wenn bereits betriebene Gewerbe zum Weiterbetrieb überlassen wurden oder wenn es sich um die Übernahme landwirtschaftlicher Grundstücke handelte. Alle übrigen Fälle wurden als Miete aufgefaßt.

Auch in den Materialien zum BGB ist an keiner Stelle von "Raumpacht" die Rede, vielmehr nur von der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke, landwirtschaftlicher Güter und Unternehmen (Erwerbsgeschäften)[1].

Selbst dort, wo von "Grundstücken mit Inventar" die Rede ist[2], bezieht sich das, wie sich aus den weiteren Erörterungen ergibt, auf landwirtschaftliche Grundstücke, da als Inventar im wesentlichen nur Vieh aufgezählt ist. Auch gab es und gibt es in der Lehre noch heute Stimmen, die sich gegen den vom RG geschaffenen Begriff der "Raumpacht" wenden.

2. Gegenmeinungen gegen die Rechtsprechung des RG nach Inkrafttreten des BGB

In der Rechtsprechung nach Inkrafttreten des BGB muß in diesem Zusammenhang ein Urteil des OLG Königsberg vom 11.5.1907 erwähnt werden[3].

Auch bei diesem Urteil handelt es sich um die Überlassung einer Gaststätte. Dabei stellt das Gericht fest: "Daß die Erträge, die eine Restauration gewährt, nicht sowohl durch ein in Bezug auf das Lokal - sei es eingerichtet oder nicht - eingegangenes Rechtsverhältnis, als vielmehr durch das darin betriebene Gewerbe erzielt werden, kann ernstlichen Zweifeln kaum begegnen." Inhaltlich gehe es bei diesen Verträgen um den Gebrauch des Hotels, nicht aber um das mit dem Lokal verbundene Gewerbe[4]. Es han-

1) Prot. Bd. II S.233 ff.
2) Prot. Bd. II S.234.
3) Seuff. A. Bd. 63 S.143 Nr.87; dort wird auch das Urteil RGZ Bd.40 S.23 ff. vom 20.10.1897 erwähnt.
4) OLG Königsberg a.a.O.; Brückner S.10.

dele sich daher um Miete dieser Räume mit oder ohne Einrichtung[1]. (Inwieweit nicht u.U. Unternehmenspacht in Frage kam, ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht ersichtlich.)

Auch in den besprochenen RG-Entscheidungen gingen die Untergerichte vielfach, wie stets erwähnt wurde, davon aus, daß es sich um Raummiete mit oder ohne Inventar handelt, wenn Räume zu gewerblichen Zwecken überlassen würden. In der neueren Literatur weist vor allem Larenz darauf hin[2], daß es sich in diesen Fällen im Grunde um Früchte des Betriebes handelt und nicht "der als Gastwirtschaft eingerichteten Räume"; Larenz erklärt die Auffassung des RG damit[3], daß Verkehrsanschauung und Lehre hier keine genaue Unterscheidung treffen[4]. Gegen eine Anerkennung einer "Raumpacht" im Sinne des RG spricht auch noch, daß die dem deutschen Recht verwandten Rechtsordnungen der Schweiz und Österreichs die vom RG als "Raumpacht" qualifizierten Fälle ebenfalls als Miete der Räume mit oder ohne Inventar ansehen und daneben nur noch die Unternehmenspacht kennen.

3. Die rechtliche Stellung und wirtschaftliche Funktion des Pächters nach dem BGB

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben: Außer in den Fällen der Grundstückspacht, kann Pacht, abgesehen von den seltenen Fällen der

---

1) Ebenso: Siber S.304; Rehbein S.93 Anm.3; Pisko in Ehrenbergs Handbuch Bd.2 S.233, ohne allerdings auf die Frage der Fruchtziehung einzugehen; Krückmann in AcP Bd.116 S.274 ff.

2) Larenz, Schuldrecht Bd.II S.153.

3) a.a.O.

4) Indirekt bestätigt das RG diese Auffassung in einem Urteil vom 12.6.1925 - in HRR 1925 Nr.1335 -, wenn es davon ausgeht, daß "ohne hinzutretende menschliche Tätigkeit, also Arbeit, Erträge regelmäßig nicht zu erzielen" sind. Wenn aber Erträge überhaupt erst durch körperliche Arbeit gewonnen werden können, dann handelt es sich bei den gewonnenen Erträgen um Früchte dieser Arbeit und nicht um solche anderer Umstände.

Überlassung von Natur aus fruchttragender Sachen, nur Unternehmenspacht sein. Demzufolge müßte die Stellung des Pächters im BGB ebenfalls als die eines Unternehmers gekennzeichnet sein. Für die hier vertretene Auffassung sprechen auch die bei der Untersuchung zu § 99 gewonnenen Ergebnisse.

Kennzeichnend für die Unternehmerstellung ist, daß er das sogenannte Unternehmerrisiko trägt, d.h. nicht nur die Vorteile genießt, sondern auch die Nachteile trägt. Das RG kennzeichnet den Pächter als Unternehmer, als jemand, der sein Geschäft auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt.[1] Auch im Steuerrecht wird der Pächter als Unternehmer behandelt, der den gepachteten Gegenstand bewirtschaftet und sich nicht nur mit den Gebrauchsnutzungen begnügt.[2]

---

1) RGZ Bd.70 S.21 ff.

2) Plückebaum S.790 Anm. 2811; für die landwirtschaftliche Pacht nahm der RFH - RStBl. 26 S.227 - an, sie regle Fälle, in denen der Pächter durch Tüchtigkeit und Arbeit Erzeugnisse aus dem Grundstück herauswirtschaftet.
Im übrigen wird steuerrechtlich der Pächter stets als Unternehmer behandelt; doch ist die Stellungnahme nicht immer eindeutig. So wird zwar in der steuerrechtlichen Literatur darauf hingewiesen, daß sich die Begriffe von Miete und Pacht nach dem BGB bestimmen - Gierschmann Bd.1 S.155; Plückebaum-Malitzky S.778 Anm.2749 - jedoch der "sachliche Inhalt und die tatsächliche Durchführung" unterliegen der steuerrechtlichen Betrachtungsweise.
Grundsätzlich wird der Pächter als Unternehmer angesehen, weil er den Pachtgegenstand bewirtschaftet und sich nicht nur mit den einfachen Gebrauchsnutzungen begnügt - Plückebaum S.790 Anm. 2811; für die landwirtschaftliche Pacht siehe RFH in RStBl. 26 S.227.

Steuerrechtlich ist für den Unternehmer kennzeichnend, daß er auf eigene Rechnung und Gefahr einen Betrieb führt, daß er eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet. Das kann im Rahmen des Einkommensteuerrechts auch für den Pächter eines Betriebes zutreffen - Blümich-Falk. EStG Bd.2 S.1051 f. Ziff. 8; Littmann EStR S.1074 Anm.280.
Der Begriff des Unternehmens selbst ist im Steuerrecht in mehreren Gesetzen in verschiedener Bedeutung gebraucht, z.B. §§ 1 und 2 UStG;
(Fortsetzung auf S.162).

Schon aus den Motiven zum BGB[1] ergibt sich, daß der Gesetzgeber sich den Pächter schlechthin als Unternehmer vorstellte, der mit dem Pachtgegenstand wirtschaftet oder ihn bewirtschaftet. Die Tatsache, daß beispielsweise der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks dieses zu bewirtschaften hat, erschien dem Gesetzgeber sogar für die Pacht wesensgemäß[2]. Der Pächter übernimmt das Pachtobjekt, um mit ihm zu wirtschaften, er steckt Kapital hinein und will Gewinn daraus ziehen. Das Pachtobjekt, das Pachtverhältnis soll ihm als Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz dienen. Daher schützt der Gesetzgeber den Pächter vor einer Kündigung zur Unzeit (§§ 596 Abs.2; 599). Aber auch dem Verpächter gewährt das Gesetz einen besonderen Schutz, denn für ihn bedeutet die Verpachtung eine Kapitalanlage, bei der er große Vermögenswerte in fremde Hände gibt, von deren Zinsen er leben will oder sogar muß; z.B. bei einem Landwirt, der seinen Betrieb nicht mehr selbst bewirtschaften kann. Auch ihn schützt das Gesetz vor einer unzeitigen Kündigung seitesn des Pächters; §§ 596, 571, 544.

Indirekt ordnet § 591 für den Pächter eine Betriebspflicht an, wenn er den Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks verpflichtet, dieses in einem Grundstück zurückzugewähren, "der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung" ergibt. Für den Pächter besteht bis zu einem gewissen Grade eine gesetzliche Betriebspflicht, wenn gleich diese nicht als vertragliche Haupt-

---

2) Fortsetzung von S. 161:
15 EStG; 5 GewStG. Als Gewerbebetrieb wird steuerrechtlich "nicht eine tote Sache oder Sachinbegriff, sondern eine Tätigkeit", d.h. ein lebendiger Organismus angesehen. Der sächliche Apparat ist nur ein Mittel zum Gewerbebetrieb - so Blümich-Boyens Gew. St S.30 f. Betriebsanlagen, Einrichtung von Räumen, dienen dem Gewerbe, sind aber nicht das Gewerbe selbst. Dieses besteht vielmehr im wesentlichen aus der auf die Hervorbringung eines bestimmten geschäftlichen Erfolges gerichteten Tätigkeit des Unternehmers. Entscheidende Kriterien für die hier gesuchte Abgrenzung lassen sich daher aus dem Steuerrecht nicht gewinnen.

1) Bd.II S.440.

2) Motive Bd.II S.440.

pflicht anzusehen ist[1]. Der Verpächter sucht sich in der Regel den Pächter als einen Mann seines Vertrauens aus, der das Unternehmen auf der von ihm geschaffenen Höhe hält[2].

Durch einen schlechten Pächter verliert das Unternehmen Kundschaft, der Umsatz kann zurückgehen, so daß der Wert des Unternehmens ständig sinkt und für den Verpächter als Ertrags- oder Einnahmequelle entwertet wird[3].

Aus diesem Grunde ist der Pächter auch nicht zur Unterpacht berechtigt. Der Gesetzgeber erklärt sie durch die Bestimmung in den §§ 596 Abs.2/549 für grundsätzlich unzulässig[4]. Für den Mieter oder Vermieter besteht kein Bedürfnis für so weitgehenden Schutz: die Mietsache dient dem Mieter zur Befriedigung eines persönlichen Bedürfnisses, nicht als wirtschaftliche

---

1) Das RG (ausdrücklich RGZ Bd.115 S.27) lehnt Pacht jedoch dann ab, wenn die Betriebspflicht als Hauptpflicht besteht. Demgegenüber war in der älteren Rechtsprechung eine Betriebspflicht des Pächters anerkannt - z.B. OLGE (Braunschweig) Bd.5 S.23; dasselbe in Seuff.A. Bd.56 S.307 Nr.174. Die jüngere Rechtsprechung des RG (RGZ Bd.138 S.197 f., 8.Sen. am 24.11.1932) erkennt demgegenüber nur eine Gebrauchs- und Nutzungspflicht "im weiteren Sinne als Last (Maßgabe) seines Miet- oder Pachtrechtes". Eine eigentliche Nutzungspflicht könne als Nebenpflicht bedungen werden; sie sei besonders mit Pachtzwecken vereinbar. Ihr stehe jedoch die Gebrauchsverpflichtung im weiteren Sinne gegenüber, die sich aus der Obhutspflicht ergebe, insbesondere aus der Rückgabepflicht der §§ 556, 581 Abs.2.
Daß das RG in den jüngeren Entscheidungen eine Betriebspflicht des Pächters nicht mehr uneingeschränkt bejahen kann, ist eine Folge der Anerkennung der Raumpacht, zu der die Vorstellung schlecht paßt, mit den Räumen werde gewirtschaftet, da sie ja nach Ansicht des RG die eigentliche Quelle der Erträge sind.

2) In diesem Sinne ausdrücklich die Motive Bd.II S.440.

3) Hierzu Prot. Bd. II S.236 f.

4) Motive Bd.II S.423; Prot. Bd. II S.234; RGRG-Kuhn Anm.2 zu § 596.

Existenzgrundlage. Daß das persönliche Bedürfnis von einer außerordentlichen sozialen Bedeutung ist, ändert hieran nichts.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Pächter stark in den Pachtgegenstand engagiert und persönlich gebunden. Auch daher erklärt sich das grundsätzliche Verbot der Unterpacht[1]. Nur aus diesem Zusammenhang ist auch die Tatsache zu erklären, daß es zwar diktierte Miet-, aber nicht Pachtverträge gibt. Bei dem Pachtverhältnis besteht also eine engere Bindung zwischen dem Pächter und dem Pachtobjekt als zwischen Mieter und Mietsache. Den Pächter sucht sich der Verpächter als Mann seines Vertrauens aus[2], der ihm im Gegensatz zum Mieter auch nicht aufgezwungen werden kann. Für das stärkere Engagement beim Pachtvertrag spricht auch noch, daß er meistens von vorneherein fest auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Beide Parteien wollen und sollen möglichst gesichert werden.

Will man die bisher für die Charakterisierung des Pächters gewonnenen Kriterien auf eine Formel bringen, so kann man sagen, im Verhältnis zur Miete ist die Pacht dynamisch - die Miete statisch. Das Mietobjekt ruht in den Händen des Mieters, das Pachtobjekt dagegen wird vom Pächter genutzt, er wirtschaftet mit ihm.

Für die Charakterisierung des Pächters als Unternehmer spricht ferner, daß ihm ein gewisses unternehmerisches Risiko aufgebürdet ist: So kennt das BGB im Gegensatz zu früheren Rechten, z.B. dem gemeinen Recht, keine remissio mercedis; schmälert sich z.B. der Ertrag des Pachtgegenstandes in einem Jahre durch äußere Ereignisse erheblich, so kann der Pächter dennoch keine Herabsetzung des Pachtzinses verlangen[3]. So trägt der Pächter gemäß § 588 Abs.1 S.1 auch die Gefahr des zufälligen Unterganges des Inventars. Der Pächter geht ferner in bezug auf den gepachteten Gegenstand Verpflichtungen ein und schafft notwendiges Inventar neu an, sobald das alte verbraucht ist. Er tritt im Rechtsverkehr bei Rechtsgeschäften, die den Pachtgegenstand betreffen, im eigenen Namen auf und bewirtschaftet auf eigene Rechnung. Gerade das aber ist typisch für den Un-

1) Prot. Bd. II S 234

2) Prot a.a.O., bes. S.236.

3) Enneccerus-Lehmann, § 137 I, 3; anders im Falle der Unmöglichkeit, z.B. der Pachtgegenstand geht unter oder wird zur Fruchtziehung völlig untauglich; dann wird der Pächter gemäß § 323 frei, Enneccerus-Lehmann a.a.O. Damit zusammen hängt die Frage der Mängelbeseitigungspflicht des Pächters.

ternehmer[1]. § 588 Abs.1 S.2 bestimmt auch dementsprechend, daß der Pächter - wenn auch in den Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft - über das Inventar verfügen kann.

Schließlich spricht auch für die Vorstellung des Gesetzgebers vom Pächter als einem Unternehmer noch eine historische Erwägung: Gegenstand von Pachtverhältnissen waren ursprünglich Landgüter, die der Pächter selbständig bewirtschaftete und von denen er an den Verpächter nur einen festen Zins abführte[2]. Hinzu kamen in Städten "gewerbliche Betriebe"; als erstes Pachtobjekt nennt Arnold[3] eine Mühle. Auch daraus kann man schließen, daß Pachtverhältnisse ursprünglich Unternehmen zum Gegenstand hatten, der Pächter infolgedessen als Unternehmer anzusehen war. Das bestätigte die Untersuchung zu den Partikularrechten, die ergab, daß dort die Fälle der Raumpacht im Sinne des RG als Miete angesehen wurden.

Das gewerbliche Engagement des Pächters, seine Stellung als Unternehmer ist historisch, mehr unbewußt, zum Leitgedanken der Pacht im BGB geworden. Eine Ausnahme hiervon bilden nur die Fälle der Grundstückspacht. Allerdings erscheint die Stellung des Inhabers dann der des Unternehmers ähnlich, wenn es sich um die Weiterüberlassung im großen Stil handelt[4].

4. Miete und Pacht in dem BGB verwandten Rechtsordnungen

Ein Blick auf die dem deutschen Recht verwandten Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz erhärtet die hier vertretene Ansicht, wonach Pacht, abgesehen von den Fällen der Grundstückspacht, nur als Unternehmenspacht in Frage kommt.

---

1) RGZ Bd.70 S.22; Pisko, Unternehmen S.111.
2) Siehe die oben S.156 in Anm.4 zitierten Autoren.
3) Eigentum S.192 ff.
4) Hierzu die Entscheidung des BFH in NJW 1964 S.1495.

a) Das Schweizer Obligationenrecht

Art. 275 OR definiert die Pacht nicht anders als § 581 BGB: Recht oder Sache werden zum Fruchtgenuß überlassen[1]; Art. 253 OR bestimmt den Begriff der Miete in § 535: Überlassen einer Sache zum Gebrauch[2].

Für den hier interessierenden Bereich der Raumüberlassung wird in der Lehre ausschließlich die Ansicht vertreten, daß in den Fällen der Raumüberlassung mit Inventar zur Ausübung eines bestimmten Gewerbes die Miete dieser Räume mit Inventar vorliegt[3]; gleichgültig, ob in den Räumen ein Hotel, eine Bäckerei oder eine Schlachterei betrieben wird. Lehre und Rechtsprechung zum OR stehen auf dem Standpunkt, es handele sich um Miete. Die Erträge des Inhabers seien solche des ausgeübten Gewerbes und nicht solche, die durch den Gebrauch der Räume aus diesen flössen. Sogar wenn die Räume betriebsfertig für ein Theater, ein Hotel usw. eingerichtet sind, wird bei der Überlassung dieser Gebäude Miete bejaht[4]. So hat z.B. das BG die Überlassung einer fertig eingerichteten Bäckerei als Miete angesehen[5], weil der Beklagte (Mieter) "nicht aus dem Vertragsobjekt Früchte oder Erträgnisse gezogen hat, sondern er hat das Objekt zu einem Gebrauche, in erster Linie zum Betrieb eines Gewerbes benutzt; das verleiht aber dem Vertrag den Charakter eines Mietverhältnisses"[6].

Eine Unternehmenspacht erkennt das Schweizer Recht ebenfalls an[7]. Dabei werden die Fälle, in denen ein Unternehmen erst vom Übernehmer aufzubauen ist, oder in denen ein vorhandenes Unternehmen fortgeführt werden soll, klar unterschieden: Nur im zweiten Fall liegt Pacht vor, im ersteren Miete mit Inventar[8]. Auch wird darauf hingewiesen, daß für

1) Der Fruchtbegriff beider Rechtsordnungen entspricht sich ebenfalls.
2) Unter Sachen sind jedenfalls nur körperliche Sachen zu verstehen, Becker Anm. 3 zu Art. 253.
3) Oser Bd. V Teil 2 S. 993; Guhl S. 297.
4) Oser a.a.O.
5) BGE Bd. 33 II S. 603 ff. (604); in diesem Sinne auch BGE Bd. 28 II S. 243 und Bd. 19 S. 331.
6) BG a.a.O.
7) Oser Anm. 4 zu Art. 275.
8) Oser Anm. 3 zu Art. 253; BGE Bd. 50 II S. 82 (Unternehmenspacht mit dazugehörigen Markenrechten).

den Pächter typisch seine Tätigkeit ist, die auf die Gewinnung von Früchten und Erträgen gerichtet ist[1]. Entscheidend für die Frage, ob es sich bei einem Überlassungsvertrag um Miete oder Pacht handelt, ist jedoch der Parteiwille: Da nur bei von Natur aus fruchttragenden Sachen, sowie Rechten und Unternehmen Früchte gewonnen werden können, nicht aber aus Räumen - abgesehen von den Fällen der Grundstückspacht - entscheiden über die Rechtsnatur die dem Inhaber vom Verfügungsberechtigten eingeräumten Befugnisse in diesen Fällen, ob Miete oder Pacht vorliegt[2]: Miete bei einfachem Gebrauchsrecht, Pacht bei einem Nutzungsrecht; bei Räumen ist dagegen nur Miete möglich.

b) Das österreichische ABGB

Das österreichische ABGB kennt in § 1090 als Oberbegriff für Miete und Pacht den Bestandsvertrag. Für eine Abgrenzung von Miete und Pacht unbrauchbar ist die Definition der beiden Rechtsinstitute in § 1091: Läßt sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen, so handelt es sich um Miete, kann sie aber nur durch Fleiß oder Mühe genutzt werden, so handelt es sich um Pacht. Diese Formulierung gestattet keine klare Abgrenzung von Miete und Pacht, vielmehr mußten hierfür erst geeignete Kriterien herausgearbeitet werden[3]. Immerhin läßt sich aus dieser Definition der Gedanke herauskristallisieren, daß der Pächter tätig wird, Pacht also dynamisch ist, während der Mieter die Sache nur bei sich behält, sie nicht nutzt. Auch in der Lehre zum ABGB ist allgemein die Ansicht herrschend, Miete und Pacht seien nach den eingeräumten vertraglichen Befugnissen abzugrenzen: Miete bei bloßem Gebrauchsrecht, Pacht bei Nutzungsrecht[4]. Mit § 1091 ist diese Abgrenzung allerdings nicht vereinbar[5]. Die österreichische Lehre entspricht damit, d.h.

---

1) Oser Anm.1 zu Art.275; Becker Anm.5 zu Art.275; ähnlich auch schon Bluntschli S.277.
2) Guhl S.297.
3) Klang Anm.2 zu § 1091.
4) Klang a.a.O., der in Note 3 bei Anm.2 weitere Autoren nachweist.
5) Hierzu den ausdrücklichen Hinweis in § 1091 in der vom österreichischen Justizminister herausgegebenen Textausgabe des ABGB.

die Abgrenzung betreffend, durchaus der deutschen[1]. Daher entstehen bei der Überlassung von Räumen, die für einen bestimmten Gewerbebetrieb eingerichtet sind, die gleichen Schwierigkeiten. Infolgedessen ist die Meinung in Lehre und Rechtsprechung geteilt. So werden in der Rechtsprechung die hier ins Auge gefaßten Fälle der Raumüberlassung abwechselnd, scheinbar ohne festes Prinzip, einmal als Miete, einmal als Pacht angesehen[2]. Daneben wird auch die Unternehmenspacht anerkannt[3]. Klang beurteilt deshalb die Rechtsprechung zusammenfassend dahin, ein einheitlicher Standpunkt der Entscheidungen sei nicht festzustellen[4]. An Hand der bei Klang[5] zitierten Entscheidungen - soweit sie vom Verfasser eingesehen werden konnten - zeigt sich jedoch, daß in den Fällen, da Pacht angenommen worden ist, zugleich auch eine Gewerbekonzession, eine Lizenz oder ein ähnliches Recht neben den eingerichteten Räumen überlassen wurde. In den Fällen, da Miete angenommen wurde, geschah dieses unter Hinweis darauf, daß es sich nur um Räume handele, daß aber die Konzession oder ein sonstiges Gewerbeausübungsrecht nicht überlassen sei. In der österreichischen Literatur wurden verschiedene Versuche unternommen[6], Miete und Pacht richtig abzugrenzen. Sie scheiterten jedoch,

---

1) So ausdrücklich Klang Anm.2 zu § 1091; Rechte können ebenfalls nicht vermietet werden.

2) Miete: GLUNF Nr.58 (Gasthaus mit Inventar); GLU Nr.13707 (Bäckerei mit Inventar); auffallend ist an beiden Entscheidungen, daß Miete auch mit der Begründung angenommen wurde, weil die Gewerbeerlaubnis nicht mitüberlassen ist. Das ist in den folgenden Fällen, da Pacht bejaht wurde, anders; Pacht wurde angenommen: GLUNF 2579 (Lizenz einer Tabakverwertung); GLUNF 2735 (Gasthaus mit Einrichtung und Konzession); SZ VIII Nr.96 (Kinoräume und die Spiellizenz).

   Ebenfalls Miete wurde angenommen, weil kein Recht überlassen wurde, in den Entscheidungen in SZ IV Nr.125; GLU 10122; 1616 und 316.

3) SZ IX Nr.102 (Fortsetzung eines Betriebes).

4) In den Fußnoten 16 und 17 zu § 1091.

5) Klang Anm.2 (S.28) zu § 1091.

6) Z.B. Ohmeyer in ZBl 1924 S.97 f.; Fischer - in einem dem Verfasser nicht zugänglichen Aufsatz - in ZBl 53 S.849 ff. (siehe Klang S.28 zu § 1091); Swoboda in ZBl 1924 S.53.

weil sie genau wie im deutschen Recht auf wirtschaftliche Kriterien abstellten[1].

Weiter ist zu den von Klang angeführten Entscheidungen zu bemerken, daß es sich ausschließlich um ältere Urteile handelt, die sämtlich noch von der wörtlichen Interpretation des § 1091 ausgehen, also nur darauf abstellen, ob die Sache ohne weitere Bearbeitung zu gebrauchen ist oder nur mit Fleiß und Mühe genutzt werden kann.

Im Gegensatz sowohl zum verwandten deutschen wie Schweizer Recht ist dagegen eine Betriebspflicht des Pächters, als aus dem Wortlaut des § 1091 folgend, ausdrücklich anerkannt[2], sie wird sogar als besonders typisches Merkmal der Pacht bezeichnet. Es zeigt sich weiter, daß die Fälle, in denen Räume zu gewerblichen Zwecken überlassen wurden und wobei Pacht bejaht wurde[3], der Verpächter zugleich auch die Konzession mit überließ, so daß die Rechtsprechung in diesen Fällen Rechtspacht annahm[4], aber nicht Raumpacht. Verpachtet wurde nach dieser Auffassung das Recht, das dem Verfügungsberechtigten das Gewerbe gestattete. Fehlte es an einer mitüberlassenen Gewerbegerechtigkeit, so nahm die Rechtsprechung konsequent Miete an.

Der Standpunkt von Lehre und Rechtsprechung zum ABGB läßt sich dahingehend zusammenfassen: Das österreichische Recht kennt eine "Raumpacht" ebenfalls nicht. Der Pächter wird durchweg in der Stellung eines Unternehmers gesehen.

Die Untersuchung der dem BGB verwandten Rechte unterstützt also die hier vertretene Auffassung, daß das Rechtsinstitut der "Raumpacht" dogmatisch nicht zu erfassen und darüber hinaus auch überflüssig ist.

---

1) Klang Anm.2 zu § 1091.
2) Swoboda in ZBl 1924 S.53 ff.; Ehrenzweig, System 2. Teil S.404; Klang Anm.2 uu § 1091.
3) So auch nach GLUNF 6405; 1760 und 1865; sowie GLU 2790 und 13822, sämtlich die Überlassung von Gastwirtschaften betreffend.
4) Besonders deutlich bei GLUNF 6405, wo Pacht nur verneint wurde, weil eben die Konzession nicht Gegenstand des Bestandsvertrages war.

4. Ergebnis der Arbeit

Als Pachtverhältnisse bleiben nunmehr nur noch folgende Fälle denkbar: Die Überlassung von Natur aus fruchttragender Sachen, von landwirtschaftlichen Betrieben und Unternehmen, sowie die Fälle der Grundstückspacht.

Die Abgrenzung von Miete und Pacht ergibt sich in diesen Fällen gemäß § 581 allein danach, ob dem Inhaber dieser Gegenstände in dem Überlassungsvertrag ein Fruchtrecht eingeräumt worden ist oder nicht[1]. Hat der Inhaber dieses Recht, so handelt es sich bei dem Überlassungsvertrag um Pacht, hat er es nicht, so liegt Miete vor. In allen diesen Fällen hat der Pächter die Stellung eines Unternehmers.

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so ist der Überlassungsvertrag gemäß § 133 und § 157 auszulegen. Im übrigen werden die Parteien stets etwas Exaktes hinsichtlich der Befugnisse des Übernehmers vereinbaren, da zu irgendeinem erkennbaren Zweck der Gegenstand schließlich überlassen wird.

Baut der Inhaber in den Räumen ein Unternehmen auf und verpflichtet er sich in dem Übernahmevertrag, dieses später auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, so ändert das nichts daran, daß der Inhaber vom Verfügungsberechtigten nur das Gebrauchsrecht an den Räumen erhält. Es handelt sich daher um einen Mietvertrag, der mit dem Entstehen des Unternehmens nicht automatisch in einen Pachtvertrag verwandelt wird.

Die durch die Rechtsprechung entstandene Schwierigkeit der Abgrenzung von Raum- und Unternehmenspacht entfällt: Eine Unternehmenspacht liegt vor, wenn ein wirtschaftlicher Organismus - ein Betriebsgeschäft - überlassen wird. In allen anderen Fällen liegt Raummiete mit oder ohne Inventar vor.

Die hier vorgeschlagene Lösung hat den Vorteil großer Einfachheit in ihrer praktischen Anwendung und ist dogmatisch eindeutig in das System des BGB

1) Ebenso bereits Pfizer in AcP Bd. 71 S. 449 ff.; Arnold in Seuff. Bl. 1898 S. 326; besonders aber Ruth in AcP Bd. 124 S. 336.

eingeordnet. Sie führt zu einer Verringerung der Anzahl der Pachtverhältnisse. Sie wird darüber hinaus auch der dem BGB zugrunde liegenden historischen Vorstellung von der Stellung des Pächters als einem gewerblich in den übernommenen Gegenstand engagierten Unternehmer, der auch ein entsprechendes Risiko zu tragen hat, Rechnung.

Ergänzt wird diese Lösung durch die hier vorgeschlagene wirtschaftliche Auslegung des § 99: Früchte sind im BGB bei der rechtlichen Zuordnung zu einer bestimmten Person oder bei ihrem Ersatz stets vom Gesetz als ein wirtschaftlicher Wert, als Ertrag einer ordnungsgemäßen Wirtschaft angesehen. Der Begriff Ertrag wiederum setzt einen Betrieb voraus, d.h. auch eine unternehmerische Tätigkeit[1]. Typische Pachtverhältnisse sind daher auch nach Auffassung des Gesetzgebers die Überlassung landwirtschaftlicher Güter und Unternehmen. An einem solchen Betrieb fehlt es in allen Fällen, da nur zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes baulich geeignete und mit einer entsprechenden Einrichtung versehene Räume überlassen werden. Ein Unternehmen ist in diesen Fällen erst noch aufzubauen. Die Bedeutung der Räume erschöpft sich für den Inhaber darin, daß er das vorhandene Gewerbe aufbaut. Die Menge des vorhandenen Inventars findet ihre Berücksichtigung bei der Festsetzung des Zinses.

Schließlich wird die Abgrenzung von Miete und Pacht vom Vertragsinhalt und von der Stellung des Pächters als Unternehmer her auch der dem BGB zugrunde liegenden Auffassung gerecht, wonach der Hauptunterschied zwischen Miete und Pacht weniger im Gegensatz Sache - Gegenstand zu sehen ist, als vielmehr der Pächter nicht nur wie der Mieter ein Gebrauchsrecht, sondern darüber hinaus auch ein Fruchtziehungsrecht erhält.

Das Ergebnis dieser Untersuchung lautet schlagwortartig folgendermaßen:

1) Wird eine Sache überlassen, die von Natur aus Früchte tragen kann, so hängt die Entscheidung, ob Miete oder Pacht vorliegt, allein davon ab, ob vertraglich nur ein Gebrauchs- oder (auch) ein Fruchtziehungsrecht eingeräumt ist.

---

1) Oertmann Anm. 6a zu § 99

2) Bei der Unternehmenspacht

a) sind die Erträge des Unternehmens unmittelbare Früchte im Sinne von § 99 Abs.1;

b) gehören Räume nicht begriffsnotwendig zum Unternehmen.

c) Eine zum Unternehmen gehörende Sache kann ausnahmsweise aus einem einheitlichen Pachtvertrag über das Unternehmen ausgeklammert werden und in einem selbständigen Vertrage vermietet werden.

3) Werden Gebäude mit oder ohne Inventar zum Zwecke der Weiterüberlassung an Dritte überlassen, so handelt es sich um Grundstückspacht. Der Vertragsinhalt entscheidet, ob dem Übernehmer dieses Recht zusteht. (Allein in diesen Fällen könnte man von "Raumpacht" reden. Die Früchte sind solche nach § 99 Abs.3.).

4) Werden Räume mit oder ohne Inventar zum (Wohnen oder) Ausüben eines bestimmten Gewerbes oder einer besonderen Tätigkeit überlassen, ohne daß sie schon in ein vom Übernehmer weiterzuführendes Unternehmen eingegliedert sind, so handelt es sich um Raummiete. Die bei dieser Tätigkeit erzielten Erträge sind solche der ausgeübten Tätigkeit bzw. des ausgeübten Gewerbes. Die Gestattung des Verfügungsberechtigten, in den Räumen das vorgesehene Gewerbe auszuüben, gewährt dem Übernehmer nur die entsprechende Gebrauchsnutzung an den Räumen. Die erzielten Erträge sind keine Früchte der Räume, sondern der Tätigkeit des Unternehmers.

Lebenslauf

Am 5. Januar 1937 wurde ich, Friedrich Ernst Heinrich Kappey, in Brüggen/Hannover geboren. Ich bin der Sohn des Molkereileiters Friedrich Kappey und seiner Ehefrau Else geb. Thies.

Im August 1943 wurde ich in die Volksschule in Brüggen eingeschult. Ab Ostern 1948 besuchte ich das Gymnasium in Alfeld/Leine, an dessen neusprachlichem Zweig ich im Frühjahr 1957 die Reifeprüfung bestand.

Ich begann sogleich Rechtswissenschaft an der Universität Göttingen zu studieren. Während des Wintersemesters 1957/58 und des Sommersemesters 1958 studierte ich an der Universität Hamburg und vom Wintersemester 1958/59 bis zum Sommersemester 1961 wiederum in Göttingen.

Am 17.11.1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung. Im März 1963 erfolgte meine Ernennung zum Referendar.